DIE EINGRIFFSBEFUGNISSE DER BANKENAUFSICHT GEGENÜBER DEN GESCHÄFTSBANKEN

Versuch einer Klärung der Frage, ob jede Verletzung einer Norm des Kreditwesengesetzes durch ein Kreditinstitut einer unmittelbaren öffentlich-rechtlichen Sanktion unterliegt

Manfred Guth

1960

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545802_0038

DIE EINGRIFFSBEFUGNISSE DER BANKENAUFSICHT GEGENÜBER DEN GESCHÄFTSBANKEN

Versuch einer Klärung der Frage, ob jede Verletzung einer Norm des Kreditwesengesetzes durch ein Kreditinstitut einer unmittelbaren öffentlich-rechtlichen Sanktion unterliegt

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Manfred Guth

aus Hamburg

München 1968

DISSERTATIONSDRUCK -SCHÖN- München 23 · Belgradstraße 11

Referent: Professor Dr. jur. Ernst Steindorff
Korreferent: Professor Dr. jur. Theodor Maunz

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Juli 1968

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Literaturverzeichnis VII
Abkürzungsverzeichnis XVII

Einleitung 1

I) Der Gegenstand der Untersuchung 1
II) Rechtfertigung der Untersuchung 1
III) Plan der Darstellung - Thesen 5

I. Kapitel
Generelle Befugnis des Bundesaufsichtsamtes zur Durchsetzung aller Normen des KWG 7

I) Generalbefugnis auf Grund des § 6 Abs. I 8
1) Zulässigkeit einer Generalklausel 8
2) Die in Praxis und Literatur zu § 6 I vertretenen Meinungen 10
3) Die Auslegung des § 6 Abs. I 11
a) Grammatische Auslegung des § 6 Abs. I 12
b) Systematische Auslegung des § 6 Abs. I 13
c) Historische Auslegung des § 6 Abs. I 14
d) Teleologische Auslegung des § 6 Abs. I 16
e) Zwischenergebnis 18
4) Die Auslegung ähnlich lautender Aufsichtsklauseln anderer Gesetze 18
a) Die Auslegung des § 30 I KWG von 1939 19
b) Die Auslegung des § 3 Hypothekenbankgesetz und des § 3 Schiffsbankgesetz 19
c) Die Auslegung des § 1 Versicherungsaufsichtsgesetz 20
d) Die Auslegung des § 77 Güterkraftverkehrsgesetz 21
e) Die Auslegung des § 139 b Gewerbeordnung 21
f) Die Auslegung des § 54 Personenbeförderungsgesetz 22
g) Die Auslegung des § 1 II 2 Börsengesetz 22
h) Zwischenergebnis 23
5) Ergebnis der Untersuchung des § 6 Abs. 1 24

II) Generalbefugnis auf Grund des § 6 Abs. II 25
1) Vergleich mit § 23 Abs. II KWG 25
2) Vergleich mit § 81 II 1 Versicherungsaufsichtsgesetz 26
3) Vergleich mit § 32 KWG von 1939 27
4) Ergebnis der Untersuchung des § 6 Abs. II 27

III) Generalbefugnis durch Aufgabenübertragung 28
IV) Befugnisse des Bundesaufsichtsamtes aus der die Kreditinstitute verpflichtenden Norm 29
1) Die vom Bundeskartellamt vertretene Ansicht 29
2) Bedenken gegen die Ansicht des Bundeskartellamtes 30
3) Ergebnis 32

V) Ergebnis des 1. Kapitels 33

2. Kapitel
Wirtschaftliche Rechtfertigung des Fehlens einer Generalbefugnis den Geschäftsbanken gegenüber 34

I) Methode zur Feststellung der wirtschaftlich erforderlichen Intensität der Aufsicht 34

II) Begründung für einen Vergleich der Bankenaufsicht mit der Realkredit- und Versicherungsaufsicht 36

III) Die Ziele der Aufsicht über die Kreditinstitute 37
1) Vergleich nach der Gefahrentheorie 39
2) Vergleich nach der Schutztheorie 41
a) Schutz auf Grund niedriger Nettohaftungsreserven 43
b) Schutz auf Grund der oligopolitischen Struktur 45
c) Schutz der Gläubiger bei Ausgestaltung der Verträge 47
d) Schutz auf Grund der Fristigkeit der Verträge 48
e) Schutz gegen eventuelle fehlerhafte Kalkulationen der Unternehmen 49
f) Schutz gegen mögliche Gefahren im Aktivgeschäft 50
aa) Das Aktivgeschäft der Geschäftsbanken 52
bb) Das Aktivgeschäft der Realkreditinstitute 54
cc) Das Aktivgeschäft der Versicherungen 55
g) Schutz gegen unlautere Geschäftsmethoden 56
h) Zwischenergebnis 57

3) Vergleich nach der sozialen Theorie 58
a) Aufrechterhaltung des Zahlungsverkehrs 59
b) Verhütung von Kettenreaktionen auf Grund eines Vertrauensverlustes 59
c) Förderung der Spartätigkeit 62
d) Mittel zur Durchsetzung der Ziele nach der sozialen Theorie 63
e) Zwischenergebnis 64
4) Vergleich nach der Strukturtheorie 65
a) Die Struktur des Versicherungsgeschäftes 65
b) Die Struktur des Realkreditgeschäftes 67
c) Die Struktur des allgemeinen Bankgeschäftes 68
d) Zwischenergebnis 68
5) Vergleich nach der volkswirtschaftlichen Theorie 69
6) Ergebnis 71

3. Kapitel
Verhältnis der Spezialbefugnisse des Bundesaufsichtsamtes zu den nicht unmittelbar durchsetzbaren Normen 72

I) Befugnisse zur Erreichung und Erhaltung einer gesunden Bilanzstruktur
(Durchsetzbarkeit der §§ 12 Satz 1, 13 III, 13 IV) 73
1) Die zur generellen Durchsetzbarkeit vertretenen Meinungen 73
2) Der eigene Standpunkt 75
3) Die Befugnisse des Bundesaufsichtsamtes im einzelnen 76
a) Maßnahmen bei unzureichendem Eigenkapitel oder unzureichender Liquidität 76
b) Maßnahmen bei Gefahren für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Kreditinstitutes 79
c) Die Abberufung von Geschäftsleitern 83
4) Zwischenergebnis 87

II) Befugnisse zur Durchsetzung einer Kreditgewährung nach sachgerechten Grundsätzen
(Durchsetzbarkeit der §§ 13 II 1, 15 I, II, IV 1 u. 2, V u. 18) 87

1) Die zur generellen Durchsetzbarkeit vertretenen Meinungen 88
a) Unmittelbare Durchsetzbarkeit des § 13 II 1 88
b) Unmittelbare Durchsetzbarkeit des § 15 89
c) Unmittelbare Durchsetzbarkeit des § 18 90
2) Der eigene Standpunkt 91
3) Die Befugnisse des Bundesaufsichtsamtes im einzelnen 92
a) Maßnahmen bei Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Kreditinstitutes 92
b) Die Abberufung von Geschäftsleitern 93

III) Befugnisse zur Überwachung des Spargeschäftes (Durchsetzbarkeit der Abs. II, III, IV 2 des § 21 und der Abs. I, II, IV des § 22) 94
1) Die zur generellen Durchsetzbarkeit vertretenen Meinungen 95
2) Der eigene Standpunkt 96
3) Die Befugnisse des Bundesaufsichtsamtes im einzelnen 96

IV) Ergebnis 97

Schlußbetrachtung 98

LITERATURVERZEICHNIS

A) Gesetzesmaterialien

Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes über das Kreditwesen	Deutscher Bundestag 3. Wahlperiode, Drucksache 1114 (zitiert mit Amtl. Begründung)
Schriftlicher Bericht des Wirtschaftsausschusses über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über das Kreditwesen	Bericht des Abgeordneten Ruland Bundestags-Drucksache Nr. 2563, 3. Wahlperiode (zitiert mit Ber. Wi. Aus.)

B) Lehrbücher, Kommentare, Monographien u. Aufsätze

BADING - HOLZER - WIRSCHING	KWG, Handbuch mit Erläuterungen und Nebenbestimmungen für die Praxis der Kreditgenossenschaften Loseblattsammlung Stand 1.4.67 Neuwied 1963
BACHOF, Otto	Ein neues Polizeigesetz in Bayern DÖV 1955/105 ff
BALFANZ - v. TEGELEN	Kommentar zum GüKG Loseblattsammlung, Stand Juni 67 Frankfurt/Main
BARLET - KARDING - FLEISCHMANN	Hypothekenbankgesetz Kommentar 2. Aufl. München - Berlin 1964
BECK, Heinz	Gesetz über das Kreditwesen Loseblattsammlung Stand Jan. 1965 Wiesbaden - Dotzheim - Düsseldorf
BÖSEL, Friedrich	Die Bestimmungen über den Sparverkehr Bank - Betrieb 1961/118 ff

BOSS, Peter	Systeme der Staatsaufsicht über Versicherungsunternehmungen Berlin 1955
BRAUCHITSCH, M.v.	Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder neu herausgegeben v. C.H. Ule Band VIII 1. Halbband Köln - Berlin - Bonn - München 1963
BÜCHNER, Franz	Versicherungsaufsicht und Kartellaufsicht VW 1950/199 ff
BULLINGER	Staatsaufsicht in der Wirtschaft VVd DSRL Heft 22 S. 269 ff Berlin 1965
BUNDESWIRTSCHAFTS-MINISTERIUM	Versicherungs- und Kreditwirtschaft in der Wettbewerbsordnung Drucksache I B 5 - 2632/55 v. 17.3.55 abgedruckt in WuW 1956/558
CLAREN, Joachim	Die Kapitalanlagen der privaten deutschen Lebensversicherungsunternehmen Berlin 1955
CONSBRUCH - MÖLLER	KWG - Textsammlung mit verwandten und zugehörigen Vorschriften Loseblattsammlung Stand Mai 66 München - Berlin (zitiert m. CONSBRUCH - MÖLLER, Text)
CONSBRUCH - MÖLLER	KWG - Kommentar München - Berlin 1965
DANNENBAUM, Fritz	Deutsche Hypothekenbanken Wirtschaftliche Darstellung nebst Kommentar zum HBG Berlin 1911
DOBRINSKI, Werner	Die Beziehungen zwischen moderner Wettbewerbstheorie und ökonomischer Realität im Realkreditsektor Berlin 1964

DREWS - WACKE	Allgemeines Polizeirecht 7. Auflage Berlin - Köln - München - Bonn 1961
ENNECCERUS - NIPPERDEY	Allgemeiner Teil des BGB Tübingen 1959
FLIES, Rudolf	Das neue KWG ZgKW 1959/1937
FORSTHOFF, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts 1. Bd. Allgemeiner Teil 8. Auflage München - Berlin 1961
FRICK, Heinrich	Die Staatsaufsicht über die kommunalen Sparkassen Berlin 1962
FROMM - GOLDBERG	VAG und Bundesaufsichtsgesetz Kommentar Berlin 1966
GNAM, Arnulf	Kreditinstitute im Wettbewerb WuW 1956/581 ff (zitiert mit vollem Titel)
GNAM, Arnulf	Kreditwesengesetz im Umbau ZgKW 1955/714 ff (zitiert mit vollem Titel)
GÖPPERT, Heinrich	Das Recht der Börsen Berlin 1932
GREIF, Wolfgang	Personenbeförderungsgesetz Kommentar München - Berlin 1961
HAUEISEN	Die Rechtsgrundlage der Vollstreckung des Verwaltungsaktes NJW 1956/1457 ff
HEIN - EICHHOFF - PUKALL - KRIEN	Güterkraftverkehrsgesetz Kommentar, 2. Band Berlin 1953
HEINEN, Edmund	Handelsbilanzen, 2. Auflage Wiesbaden 1962

HOFMANN, Max	Hypothekenbankgesetz: Erläuterungsbuch für die Praxis Berlin - Frankfurt 1964
HUBER, E.R.	Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 1, 2. Auflage Tübingen 1953
JELLINEK, Walter	Verwaltungsrecht 3. Auflage Berlin 1931
KALKSTEIN	"2 Jahre Bankenaufsicht" Börsenzeitung, Jahresschlußnr. 1963 Nr. 249 v. 31.12.63
KÖTTGEN, Arnold	Stichwort "Staatsaufsicht" HDSW Bd. 9 S. 738 f Göttingen 1956
LANDMANN- ROHMER - EYERMANN - FRÖHLER - NEUMANN	Gewerbeordnung, Kommentar 12. Auflage Loseblattsammlung, Stand Nov. 1966, München
LANGE, Heinrich	BGB Allgemeiner Teil, 9. Auflage München - Berlin 1967
LARENZ, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft (zit. Methodenlehre) Berlin - Göttingen - Heidelberg 1960
LARENZ, Karl	Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts München - Berlin 1967 (zit. LARENZ AT)
LEHMANN, Heinrich	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 14. Auflage Berlin 1963
LINHARDT, Hanns	Kreditinstitute im Wettbewerb WuW 1957/3 ff (zit. mit vollem Titel)

LINHARDT, Hanns	Kritik der Währungs- und Bankpolitik - Bankwirtschaftliche Schriftenreihe Bd. VII Köln - Opladen 1963 (zit. mit LINHARDT, Kritik ..)
MAHR, Werner	Einführung in die Versicherungswirtschaft 2. Auflage Berlin 1964
MANG - MAUNZ - MAYER - OBERMAYER	Staats- u. Verwaltungsrecht in Bayern 2. Auflage München 1964
MAUNZ, Theodor	Buchbesprechung zu Dr. Franz Mayer: "Die Eigenständigkeit des bayerischen Verwaltungsrechts, dargestellt an Bayerns Polizeirecht" bay V Bl. 1958/192
MELLEROWICZ, Konrad	Kapitalverkehr Wiesbaden 1950
MEYER - BREMER	Börsengesetz nebst Ausführungsbestimmungen 4. Auflage Berlin 1957
MÖHRING - RITTERSHAUSEN	Das Kreditwesengesetz Frankfurt/Main 1963
MUTHESIUS, Volkmar	Um das offene Hauptbuch ZgKW 1963/61 ff
OBST - HINTNER	Geld-, Bank- und Börsenwesen, 35. Auflage Stuttgart 1963
PALANDT u. a.	Bürgerliches Gesetzbuch 27. Auflage München 1968
PANTEN, Hans - Joachim	Das Bankgewerbe in der Marktwirtschaft, ZgKW 1955/646 ff
PETERSEN, Adolf	Versicherungsgeschäfte, Bankgeschäfte und Versicherungsaufsicht ZVers. Wiss. 29/361 ff Berlin 1929

PRÖHL, Hans	KWG - Kommentar, Loseblattsammlung Stand Juli 1965 Peine 1962 (zit. PRÖHL KWG 1961)
PRÖHL, Hans	Reichsgesetz über das Kreditwesen, Kommentar 2. Aufl., Berlin 1939 (zit. mit PRÖHL KWG 1939)
PRÖLSS, Erich R.	Versicherungsaufsichtsgesetz und Nebengesetze 5. Aufl. München/Berlin 1966
RADBRUCH, Gustav	Rechtsphilosophie 4. Aufl. Stuttgart 1950
RAUTENBERG - FRANTZIOCH	Kommentar zum Personenbeförderungs-gesetz Bad Godesberg 1961
REINICKE G. u. D.	Die Bedeutung des Wortlautes bei der Auslegung von Gesetzen nach der Rechtsprechung des BGH NJW 1952/1033 ff.
REISCHAUER - KLEINHANS	KWG - Loseblattkommentar Stand November 1965 Berlin 1963
ROHLFING - KISKALT - WOLFF	Gewerbeordnung, Kommentar 3. Aufl. Berlin - Frankfurt 1961
RÖH, Jens	Die Stellung der Bankenaufsicht in der Wirtschaftsordnung des Grundgesetzes Hamburg 1965
SALZWEDEL, Jürgen	Staatsaufsicht in der Verwaltung VVd DSRL Heft 22 Berlin 1965
SAMPER, Rudolf	Kommentar zum bayerischen Polizei-aufgabengesetz München 1965

SCHILCHER, Rudolf	Geldfunktion und Buchgeldschöpfung - Ein Beitrag zur Geldtheorie Berlin 1958
SCHMIDT, Reimer	Versicherungsaufsichtsrecht in "Die Versicherung" Bd. 3: Versicherungsrecht Wiesbaden 1962 - 64
SCHMÖLDERS, Günter	Geldpolitik Tübingen 1962
SCHORK, Ludwig	KWG-Kommentar Köln - Berlin - Bonn - München 1965
SCHORK, Ludwig	Zwischenbilanz der Bankaufsichtsreform ZgKW 1963/478 (zit. mit vollem Titel)
SCHREIHAGE, Heinrich	Grundzüge des neuen KWG ZgKW 1959/215 ff
SCHÜLE, Adolf	Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft VVdDSRL Heft 11 Berlin 1954
SIGL, R.	Personenbeförderungsgesetz vom 21.3.1961 Handkommentar Berlin 1962
SOERGEL - SIEBERT	Bürgerliches Gesetzbuch Band 1 Allgemeiner Teil 10. Auflage, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1967
STAHLHACKE, Eugen	Kommentar zur Gewerbeordnung Loseblattsammlung Stand September 1965 Arbeitsrechtliche Vorschriften, Wiesbaden - Köln

STARKE, O.E.	Die Neuregelung der Bankenaufsicht und ihre Bedeutung für die Versicherungswirtschaft ZVersWiss 1960/15 ff (zit. mit STARKE, Neuregelung der Bankenaufsicht ..)
STARKE, O.E.	Die Entwicklungslinien der materiellen Staatsaufsicht in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht Bd. III S. 11 ff Berlin 1955 (zit. mit STARKE, Entwicklungslinien ..)
STARKE, O.E.	Die Anordnungen der Versicherungsaufsichtsbehörden nach den §§ 81, 81 a, 89 VAG in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht Bd. I, Seiten 73 ff Berlin 1952 (zit. mit STARKE, Anordnungen ..)
STAUDINGER, J.v. u.a.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 11. neubearbeitete Auflage Berlin 1957
STEINERT, Herbert	Die Bankenaufsicht als Problem des Verwaltungsrechts und der Verwaltungspraxis Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft Berlin 1955 Heft 4 S. 63 ff
STÜTZEL, Wolfgang	Bankpolitik heute und morgen Frankfurt/Main 1964
SZAGUNN - NEUMANN	KWG, Kommentar Stuttgart 1961 (zitiert mit SZAGUNN - NEUMANN 1. Aufl.)

SZAGUNN - NEUMANN	Gesetz über das Kreditwesen 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage Stuttgart 1967 (zitiert mit SZAGUNN - NEUMANN 2. Aufl.)
SZAGUNN - VOIGT	Einlagensicherung in der Kreditwirtschaft Frankfurt/Main 1966
TUREGG - KRAUS	Lehrbuch des Verwaltungsrechts 4. Auflage Berlin 1962
WEBER, Werner	Stichwort: "Versicherungsaufsicht" HDSW Band 11 S. 205 ff. Göttingen 1961
WOLFF, Hans J.	Verwaltungsrecht I 6. Auflage München - Berlin 1965
ZIMMERER - SCHÖNLE	KWG, Systematische Einführung und Kommentar Wiesbaden 1962
ohne Verfasser	Monatsberichte der Deutschen Bundesbank Frankfurt/Main
ohne Verfasser	Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bauspar-wesen (ab 1952)
ohne Verfasser	Wegweiser durch deutsche Aktiengesellschaften 9. Auflage, München 1966

C) Entscheidungsregister

BVerfGE	1/117 f
BVerfGE	1/299 f
BVerfGE	7/267 f
BVerfGE	8/274 f
BVerfGE	9/137 f
BVerfGE	10/234 f
BVerfGE	11/126 f
BGHZ	28/208 f
BGHZ	31/105 f
BGHZ	34/ 47 f
BGHZ	34/ 53 f
BGHZ	36/ 91 f
BGHZ	36/370 f
RGZ	27/410 f
RGZ	128/102 f
BVerwGE	2/114 f
BKartA	Beschluß vom 11. 8. 61 B5 - 330000 - U - 156/60 BKartA 425 abgedruckt in WuW 62/355 ff
bay VGH n. F.	4/ 19 f
OVG Lüneburg	Verw. RSpr. 1955/839 f
VGH Stuttgart	Verw. RSpr. 1953/603 f

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz (Absätze)
Abt.	Abteilung
a.E.	am Ende
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung (en)
Aufl.	Auflage
BAK	Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen
BAV	Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen
bay VBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
bay VGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
bay PAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BBankG	Bundesbankgesetz
Bd.	Band (Bände)
Ber. Wi. Aus.	Bericht des Wirtschaftsausschusses über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über das Kreditwesen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BörsenG	Börsengesetz
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BWM	Bundeswirtschaftsministerium
d.h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
EK	Eigenkapital
Einl. pr. ALR	Einleitung zum preußischen Allgemeinen Landrecht
f (ff)	und die folgende (n)
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

HBG	Hypothekenbankgesetz
HDSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
i. V.	in Verbindung (mit)
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KI	Kreditinstitut
KWG	Kreditwesengesetz
LZB	Landeszentralbank (en)
m. a. W.	mit anderen Worten
Mio	Millionen
Mrd	Milliarden
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr. Nrn.	Nummer, Nummern
OVG	Oberverwaltungsgericht
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
pr. PVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
Reg. Begr. z. KWG	Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes über das Kreditwesen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen
S	Satz
S.	Seite (n)
SchiffsBG	Schiffsbankgesetz
spez.	speziell
u. (v). a.	und (viele) andere
VA (e)	Verwaltungsakt (e)
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VerBAV	Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen
vergl.	vergleiche
Verw. Arch.	Verwaltungsarchiv
Verw. RSpr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Vorbem.	Vorbemerkung

VU	Versicherungsunternehmen
VVdDSRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VW	Versicherungswirtschaft
VwVG	Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z.B.	zum Beispiel
ZgKW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
Ziff.	Ziffer(n)
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungs-Wissenschaft
ZPO	Zivilprozeßordnung

EINLEITUNG

I) DER GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG

In der vorliegenden Arbeit soll untersucht werden, ob den Banken durch das GESETZ ÜBER DAS KREDITWESEN vom 10. Juli 1961 [1] öffentlich-rechtliche Pflichten auferlegt worden sind, deren Einhaltung nicht von der zuständigen Aufsichtsinstanz jederzeit befohlen und mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden kann und die nicht mit Strafe oder Geldbuße ahnbar sind; ferner, welche Bedeutung gerade diese Vorschriften im Rahmen der Aufsicht über die Kreditinstitute haben.

II) RECHTFERTIGUNG DER UNTERSUCHUNG

Das Kreditwesengesetz unterwirft die Kreditinstitute besonderen öffentlich-rechtlichen Pflichten. Die einzelnen Bestimmungen sollen nach der Regierungs - Begründung zum KWG [2] dazu dienen, geordnete Verhältnisse im Kreditgewerbe herzustellen und zu erhalten, um die Gesamtwirtschaft vor den Folgen von Funktionsstörungen im Kreditverkehr zu bewahren. Als zweite gleichwertige Zielsetzung soll gemäß Regierungs - Begründung erreicht werden [3], die Einleger der Banken nach Möglichkeit vor Verlusten zu schützen, weil sonst das für die Arbeit des Kreditgewerbes lebenswichtige Vertrauen der Öffentlichkeit beeinträchtigt werden könnte.

Die Überwachung der Einhaltung der Vorschriften des KWG durch die Banken ist dem Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen mit Sitz in Berlin übertragen worden, § 5 und § 6 KWG. Die Beaufsichtigung der Banken beschränkt sich aber nicht nur auf eine rein formale Kontrolle dahingehend, ob die Bestimmungen des KWG eingehalten worden sind. Vielmehr hat das Bundesaufsichtsamt die einzureichen-

---

1) BGBl. I Seite 881; im folgenden Kreditwesengesetz, abgekürzt KWG, genannt.

2) Reg. Begr. zum KWG, Allgemeiner Teil, Anm. II Nr. 1.

3) Reg. Begr. zum KWG, Allgemeiner Teil, Anm. II Nr. 2.

den Bilanzen, Statistiken und sonstigen Unterlagen einer materiellen Prüfung zu unterziehen. Werden Verstöße gegen das Gesetz aufgedeckt, muß das Bundesaufsichtsamt Maßnahmen der betreffenden Bank gegenüber ergreifen mit dem Ziel, den Geschäftsbetrieb wieder in Einklang mit dem Gesetz zu bringen. Hierzu wurden dem Bundesaufsichtsamt durch das KWG umfangreiche verschiedenartigste Befugnisse eingeräumt, die vom Recht zur Einsichtnahme in die Bücher (§ 44) bis zur Entziehung der Konzession und damit Schließung einer Bank reichen (§ 35).

Es gibt nun einige Vorschriften des Kreditwesengesetzes, die zwar ein genau bezeichnetes geschäftliches Verhalten von den Banken verlangen, bei deren Verletzung aber keine bestimmte Rechtsfolge im Gesetz genannt ist. Die Bestimmungen sind nicht straf- oder bußgeldbewehrt; auch ist keine spezielle Eingriffsbefugnis zu ihrer Durchsetzung genannt. Es handelt sich um folgende Vorschriften:

a) Zur Erreichung und zur Erhaltung einer gesunden Bilanzstruktur dürfen die dauernden Anlagen in Grundstücken, Gebäuden, Schiffen und Beteiligungen der Banken, nach den Buchwerten berechnet, zusammen das haftende Eigenkapital nicht übersteigen (§ 12 Satz 1); ferner dürfen Kredite, die 15% des haftenden Eigenkapitals übersteigen (sogenannte Großkredite), zusammen nicht mehr als die Hälfte des Betrages aller Kredite ausmachen (§ 13 Abs. III); außerdem soll der einzelne Großkredit das haftende Eigenkapital des Kreditinstitutes nicht übersteigen (§ 13 Abs. IV).

b) Zur Gewährleistung einer Kreditgewährung nach sachgerechten Grundsätzen dürfen Kreditinstitute Großkredite nur auf Grund eines einstimmigen Beschlusses sämtlicher Geschäftsleiter gewähren (§ 13 II 1). Kredite an dem Kreditinstitut nahestehende Personen oder Firmen dürfen ebenfalls nur auf Grund eines einstimmigen Beschlusses sämtlicher Geschäftsleiter und teilweise zusätzlich nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Aufsichtsorgans gewährt werden (§ 15 Abs. I und II). Diese Beschlüsse müssen vor der Kreditgewährung gefaßt werden (§ 15 Abs. IV S 1). Schließlich haben sich die Banken von den Kreditnehmern mit Krediten von insgesamt mehr als DM 20.000,-- die Jahresabschlüsse vorlegen zu lassen (§ 18).

c) Um den Sparverkehr von Geldern fernzuhalten, die nicht der Ansammlung oder Anlage von Vermögen dienen, dürfen als Spargelder keine Beträge angenommen werden, die zur Verwendung im Geschäftsbetrieb oder für den Zahlungsverkehr bestimmt sind (§ 21 Abs. II und III). Das Sparbuch ist dem Einleger auszuhändigen (§ 21 Abs. IV S 2); ferner müssen bestimmte Kündigungsfristen eingehalten werden (§ 22 Abs. I und II). Der jeweils geltende Zinssatz für Spareinlagen ist durch Aushang im Kassenraum ersichtlich zu machen (§ 22 Abs. IV).

Die hier genannten Vorschriften stellen eine erschöpfende Aufzählung der Pflichten der Kreditinstitute dar, denen keine spezialgesetzlichen Befugnisnormen des Bundesaufsichtsamtes gegenüberstehen und welche auch nicht straf- oder bußgeldbewehrt sind.

Es besteht keine einheitliche Auffassung über den Umfang der Befugnisse des Bundesaufsichtsamtes zur Durchsetzung gerade dieser Pflichten der Kreditinstitute. Das Bundesaufsichtsamt nimmt für sich eine lückenlose Befugniskette in Anspruch, um die Einhaltung auch dieser gesetzlichen Bestimmungen durch die Banken jederzeit zu gewährleisten. So droht das Bundesaufsichtsamt z. B. in seiner Mitteilung 1/62 vom 30.10.1962 [1] an, es werde notfalls im Wege des Verwaltungszwanges vorgehen, wenn eine Bank sich nicht vor Kreditgewährung die Bilanzen des Kreditnehmers vorlegen lasse (gesetzliche Pflicht auf Grund des § 18), obwohl dem Bundesaufsichtsamt nicht ausdrücklich die Befugnis übertragen worden ist, einer Bank jederzeit die Weisung zu erteilen, sich die Bilanzen ihrer Kreditnehmer vorlegen zu lassen. Auch hat das Bundesaufsichtsamt bereits Kredite, die das haftende Eigenkapital eines Kreditinstitutes überstiegen - die Bank also gegen § 13 IV verstoßen hatte - mehrfach beanstandet und versucht, die betreffenden Kreditinstitute zu einer Herabsetzung der Kredite zu bewegen. Soweit es sich dabei um krasse und nach Ansicht des Bundesaufsichtsamtes für das Institut bedrohliche Fälle handelte, ist sogar die Rückführung derartiger Engagements

---

1) Geschäfts-Nr. I 2 - 237, abgedruckt bei CONSBRUCH - MÖLLER Text, Nr. 4.19.

durch Auflagen erzwungen worden [1].

Das Schrifttum zum KWG nimmt einerseits einhellig in den Ausführungen zu § 6 I den Standpunkt ein, dem Bundesaufsichtsamt stünde eine Generalbefugnis zur Durchsetzung aller Normen des KWG zur Seite [2]. Es wird damit der in der amtlichen Begründung zum KWG vertretenen Meinung gefolgt [3]. Andererseits aber wird dieser Standpunkt bei den Ausführungen zu den einzelnen Vorschriften, denen keine speziellen Eingriffsbefugnisse des Bundesaufsichtsamtes gegenüberstehen, stillschweigend eingeschränkt. Die einzelnen oben genannten materiellen Pflichten der Kreditinstitute werden teilweise "mangels einer ausreichenden Ermächtigung" als nicht durchsetzbar angesehen [4].

Anlaß zur Untersuchung des Umfanges der Befugnisse des Bundesaufsichtsamtes den Geschäftsbanken gegenüber war die durch die Mitteilung Nr. 1/62 [5] des Bundesaufsichtsamtes betreffend die Beachtung des § 18 entstandene Unsicherheit der Rechtslage. Die Frage

---

1) SCHORK, Zwischenbilanz der Bankaufsichtsreform, Seite 478; SZAGUNN - NEUMANN 1. Aufl. Anm. 57 zu § 13; in der zweiten Aufl. Anm. 62 zu § 13 wird hinsichtlich der Praxis des BAK ausgeführt, Kredite, welche gegen § 13 IV verstießen, würden nur unter Hinweis auf die Befugnis des § 45 beanstandet. So auch die hier vertretene Ansicht, siehe unten 3. Kapitel Seiten 76 ff, spez. Seite 78.

2) Vergleiche CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 1 zu § 6; ZIMMERER - SCHÖNLE Anm. 2 zu § 6; SZAGUNN - NEUMANN 1. Aufl. Anm. 5 und 12 zu § 6, 2. Aufl. Anm. 8 zu § 6; SCHORK Anm. 8 zu § 6; RÖH Seiten 6 und 14; OBST - HINTNER Seiten 398/399.

3) Amtliche Begründung zum KWG, Besonderer Teil Anm. zu § 6.

4) Vergleiche z.B. BECK Anm. 110 zu § 12; SZAGUNN - NEUMANN 1. Aufl. Anm. 66 zu § 13, 2. Aufl. Anm. 63 zu § 13; ZIMMERER - SCHÖNLE Anm. 3 zu § 18; REISCHAUER - KLEINHANS Vorbem. 8 zu §§ 21, 22; die Meinung des Schrifttums zur Durchsetzbarkeit der einzelnen Vorschriften ist im 3. Kapitel unten näher dargelegt.

5) vom 30.10.1962, Geschäfts-Nr. I 2 - 237; abgedruckt bei CONSBRUCH - MÖLLER Text, Nr. 4.19.

nach dem Befugnisumfang des Bundesaufsichtsamtes spielt in der Praxis eine erhebliche Rolle. Solange aber der Umfang der Befugnisse nicht theoretisch eindeutig geklärt ist, werden die Banken sich im Sinne der Rechtsauffassung des Bundesaufsichtsamtes verhalten, da sie auf ein möglichst reibungsloses Verhältnis dem Amt gegenüber Wert legen. Deshalb soll versucht werden, den Befugnisumfang des Bundesaufsichtsamtes zu klären.

III) PLAN DER DARSTELLUNG - THESEN

Zunächst soll im 1. Kapitel die Frage geprüft werden, ob dem Bundesaufsichtsamt durch das Kreditwesengesetz eine Generalbefugnis zur jederzeitigen Durchsetzung aller Normen des KWG erteilt worden ist. Es wird sich ergeben, daß keine Generalbefugnis im Kreditwesengesetz ausdrücklich genannt ist. Auch kann keine Generalbefugnis daraus abgeleitet werden, daß dem Bundesaufsichtsamt die Aufgabe übertragen worden ist, die Kreditinstitute zu beaufsichtigen. Eine Durchsetzungsbefugnis des Bundesaufsichtsamtes liegt auch nicht in der jeweiligen Gesetzesnorm, die die Kreditinstitute verpflichtet, ein bestimmtes geschäftliches Verhalten zu beobachten. Das Bundesaufsichtsamt hat somit nicht die Möglichkeit, jederzeit die Einhaltung jeder Vorschrift des KWG zu verlangen und durchzusetzen.

Das zweite Kapitel behandelt die Frage, ob es wirtschaftlich gerechtfertigt ist, daß dem Bundesaufsichtsamt keine Generalbefugnis den Geschäftsbanken gegenüber zur Durchsetzung aller Normen des Kreditwesengesetzes zur Seite steht. Die Antwort soll durch einen Vergleich der wirtschaftlichen Risiken der ebenfalls einer Aufsicht unterliegenden Gewerbezweige des Versicherungsgeschäftes und des Realkreditgeschäftes gefunden werden. Der dem Kreditwesengesetz, dem Hypothekenbankgesetz, dem Schiffsbankgesetz und dem Versicherungsaufsichtsgesetz zugrunde liegende Gedanke des Individualschutzes [1] und des Schutzes der Gemeinschaft [2] rechtfertigt das Ergebnis des 1. Kapitels. Die Geschäftsbanken bedürfen bei

1) Sogenannte "Schutztheorie" über den Aufsichtszweck.
2) Sogenannte "soziale Theorie" über den Aufsichtszweck.

gleicher Intensität des Schutzgedankens einer nicht so starken Aufsicht wie die Versicherungsunternehmen und Realkreditinstitute.

Im 3. Kapitel wird die Frage untersucht, welche Bedeutung die nicht jederzeit unmittelbar durchsetzbaren Normen des KWG im Rahmen der Aufsicht über die Kreditinstitute haben. Die Verletzung der Vorschriften zur Erreichung und Erhaltung einer gesunden Bilanzstruktur [1] kann Anlaß sein, die Liquiditätslage und Eigenkapitalbasis der betreffenden Bank zu prüfen [2]; ferner kann durch die Verletzung eine konkrete Gefahr für die Gläubiger entstehen [3]; schließlich kann unter bestimmten Voraussetzungen Druck auf die Geschäftsleiter ausgeübt werden. Die Verletzung der Vorschriften zur Gewährleistung einer Kreditgewährung nach sachgerechten Grundsätzen [4] kann die Frage einer konkreten Gefahr für die Gläubiger des Kreditinstitutes aufwerfen; möglicherweise kann die Abberufung eines Geschäftsleiters verlangt werden. Die Verletzung der Vorschriften über das Spargeschäft [5] zieht grundsätzlich nur personelle Maßnahmen, d. h. Verlangen nach Abberufung eines Geschäftsleiters nach sich.

---

1) § 12 Satz 1; Abs. III und IV des § 13.

2) Gegebenenfalls würden Maßnahmen nach § 45 zu ergreifen sein.

3) Vorliegendenfalls wären Maßnahmen nach § 46 oder nach § 35 II Nr. 4 erforderlich.

4) § 13 II 1; § 15 I, II IV S 1 und 2, V; § 18.

5) § 21 II, III und IV S 2 und 4; § 22 Abs. I, II und IV.

1. KAPITEL

GENERELLE BEFUGNIS DES BUNDESAUFSICHTSAMTES ZUR DURCHSETZUNG ALLER NORMEN DES KWG

Stünde dem Bundesaufsichtsamt eine Generalbefugnis zur Seite, könnte es auch bei Verstoß eines Kreditinstitutes gegen Normen, welche weder ahnbar waren, noch auf Grund einer Spezialbefugnis jederzeit durchgesetzt werden könnten, regelnde Einzelmaßnahmen treffen. Hätte z.B. eine Bank an einen Kreditnehmer einen Kredit gewährt, welcher höher ist als die eigenen Mittel der Bank - Verstoß gegen § 13 IV - könnte das Bundesaufsichtsamt je nach Lage des Einzelfalles folgende Verwaltungsakte erlassen: Das Kreditinstitut solle einen Teil oder den gesamten Kredit kündigen; der Kreditnehmer solle aufgefordert werden, die Sicherheiten zu verstärken oder zusätzliche Bilanzunterlagen einzureichen; die Bank solle ihre eigenen Mittel stärken, z.B. durch Unterlassung der Gewinnausschüttung; die Bank solle Abschreibungen auf den Kredit vornehmen. Das Beispiel zeigt, daß eine Generalbefugnis dem Bundesaufsichtsamt die Möglichkeit geben würde, sich bei Verstößen gegen eine Vorschrift des Kreditwesengesetzes durch eine Bank in deren Geschäftsbetrieb einzuschalten.

Eine Generalbefugnis des Bundesaufsichtsamtes für befehlende Verwaltungsakte den Kreditinstituten gegenüber kann sich direkt aus einer Vorschrift des KWG ergeben. Ob die einzige hierfür in Frage kommende Vorschrift des § 6 eine Generalbefugnisnorm darstellt, wird in den Abschnitten I und II untersucht. Es wird sich zeigen, daß weder mit Abs. I noch mit Abs. II des § 6 eine Generalbefugnis für das Bundesaufsichtsamt geschaffen worden ist. In Abschnitt III wird die Ansicht abgelehnt werden, eine Generalbefugnis ergebe sich aus der Übertragung der Aufgabe an das Bundesaufsichtsamt, die Aufsicht über die Kreditinstitute auszuüben. Schließlich soll in Abschnitt IV untersucht werden, ob eine Befugnis zur Durchsetzung einer Norm daraus abgeleitet werden kann, daß diese Bestimmung von einer Bank nicht eingehalten worden ist. Auch diese Möglichkeit zur Durchsetzung der Normen des KWG, denen keine spezielle Befugnisnorm gegenübersteht, wird abgelehnt werden.

I) GENERALBEFUGNIS AUF GRUND DES § 6 Abs. I

Gemäß § 6 I übt das Bundesaufsichtsamt "die Aufsicht über die Kreditinstitute nach den Vorschriften dieses Gesetzes aus". Aus dieser Formulierung könnte entnommen werden, daß das Bundesaufsichtsamt mit der Verpflichtung zur Aufsichtsführung durch § 6 I zugleich eine Rechtsgrundlage für hierzu notwendige Verwaltungsakte erhalten hätte. Damit könnte sich das Bundesaufsichtsamt immer darauf berufen, es sei auf Grund der Generalklausel des § 6 I befugt, regelnde Einzelmaßnahmen gegenüber einem Kreditinstitut zu treffen, wenn eine Vorschrift des KWG durch eine Bank verletzt worden ist, welche weder ahnbar noch auf Grund einer Spezialbefugnis durchzusetzen wäre.

Es ist aber fraglich, ob es im Wirtschaftsverwaltungsrecht überhaupt zulässig ist, der zuständigen Aufsichtsbehörde eine Generalbefugnis zur jederzeitigen Durchsetzung der materiellen Normen zu erteilen.

1) Zulässigkeit einer Generalklausel

In einem Rechtsstaat gilt kraft Verfassungssatzes das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Wirtschaftsverwaltung. Es wird auf Grund dieses Prinzips nicht nur eine lediglich formelle rechtssatzmäßige Bindung der Verwaltung bei Eingriffen in Individualrechte verlangt. Die den Verwaltungsbehörden erteilte Ermächtigung zu belastenden Verwaltungsakten hat so begrenzt und bestimmt zu sein, daß die der Aufsicht unterworfenen Personen voraussehen können, in welchen Fällen, in welchem Sinne und zu welchem Zweck von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden wird. Art. 80 Abs. I S 2 GG soll den Gesetzgeber zwingen, die für die Ordnung eines Lebensbereiches entscheidenden Vorschriften selbst zu setzen [1]. Eine "vage Generalklausel", die es dem Ermessen der Exekutive überließe, die Grenzen der Freiheit im einzelnen zu bestimmen, ist mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht vereinbar [2].

---

1) BVerfGE 7/267 f (273).

2) BVerfGE 8/274 f (325); BVerfGE 9/137 f (147); BVerwGE 2/114 f (116).

Daraus darf aber nicht geschlossen werden, daß Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe schlechthin unzulässig seien. Die Vielfalt der Verwaltungsaufgaben läßt sich nicht immer in klar umrissene Begriffe einfangen. Man muß zwar danach streben, reine Ermessensakte gerade im Wirtschaftsverwaltungsrecht auszuschalten, damit die wirtschaftlichen Individualrechte nicht unzulässig eingeschränkt werden. Andererseits ist aber ein völliger Verzicht auf Ermessensklauseln wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Art unmöglich, da eine Wirtschaftsverwaltung nur bei einer gewissen Elastizität der administrativen Entscheidungs- und Gestaltungsmacht leistungsfähig arbeiten kann [1]. Die Verwaltungsbehörden müssen in die Lage versetzt werden, ihren Aufgaben und den schnell wechselnden Situationen des wirtschaftlichen Lebens gerecht zu werden [2].

Aus diesen Überlegungen ergibt sich, daß etwa folgende Aufsichtsklausel verfassungsmäßig wäre:

> "Die Aufsichtsbehörde ist befugt, alle Anordnungen zu treffen, welche erforderlich sind, um den Geschäftsbetrieb des Unternehmens mit den Gesetzen, der Satzung und den sonst in verbindlicher Weise getroffenen Bestimmungen im Einklang zu erhalten."

Tatsächlich bestehen solche Aufsichtsklauseln, wie z.B. § 4 Hypothekenbankgesetz und § 81 Versicherungsaufsichtsgesetz zeigen. Ihre Verfassungsmäßigkeit steht außer Zweifel. Sie verstoßen nicht gegen die Vorschrift des Art. 80 Abs. I Satz 2 Grundgesetz, denn sie gestatten nur Einzelregelungen, deren möglicher Inhalt nach Tendenz und Ausmaß voraussehbar ist. Sie sind rechtsgebundene Klauseln und keine interessenbestimmte Ermessensklauseln und sind darum verfassungsmäßig [3].

Würde man bei der Auslegung des § 6 I zu dem Ergebnis kommen, auch diese Vorschrift sei eine solche zulässige Generalklausel, wäre der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der staatlichen Aufsicht über Wirtschaftsunternehmen nicht verletzt. Das Bundesaufsichtsamt könnte jede Maßnahme ergreifen, um auch die Vorschriften des KWG durchzusetzen, denen keine Spezialbefugnisse gegenüberstehen.

---

1) HUBER Seite 59; WOLFF Seite 142.

2) BVerfGE 8/274 f (311).

3) Vergleiche HUBER Seite 60 oben.

2) Die in Praxis und Literatur zu § 6 I vertretenen Meinungen

In der amtlichen Begründung zum Entwurf des Kreditwesengesetzes wird zu § 6 I ausgeführt, diese Vorschrift sei eine ausreichende Rechtsgrundlage für belastende Verwaltungsakte [1]. Die allgemeine Befugnisnorm des § 6 I trete neben die besonderen Befugnisse des KWG, soweit sich nicht aus dem Inhalt einzelner Vorschriften ergebe, daß die Spezialermächtigungsnorm andere Maßnahmen ausschließen solle.

In den Kommentaren und in anderer Literatur zum KWG wird ebenfalls zu § 6 I einhellig die Meinung vertreten, diese Vorschrift enthalte die Generalklausel für die Befugnisse des Bundesaufsichtsamtes zur Durchsetzung seiner Aufgaben nach dem KWG [2]. Diese Generalklausel erlaube es, Verwaltungsakte auch dann zu erlassen, wenn den Verpflichtungen der Banken keine spezialgesetzlichen Befugnisse des Bundesaufsichtsamtes gegenüberstehen. Soweit zu dieser Rechtsansicht nähere Ausführungen a. a. O. gemacht werden, berufen sich die Autoren auf die amtliche Begründung zum KWG.

Darüber hinaus will SCHORK [3] zusätzlich aus § 6 I ableiten, daß das Bundesaufsichtsamt befugt sei, in näherer Ausgestaltung einzelner Gesetzesvorschriften Anordnungen über technische Einzelheiten zu treffen. SZAGUNN - NEUMANN [4] ziehen schließlich noch in Betracht, daß das Bundesaufsichtsamt bei Verstößen nicht nur gegen das KWG, sondern auch noch gegen die Mindestreservevorschriften nach § 16 II Bundesbankgesetz mit Unterlassungsanordnungen vorgehen könne, da sonst die Mitteilungspflicht der Bundesbank gemäß § 16 III BBankG an das Bundesaufsichtsamt bei einer erheblichen oder wiederholten Unterschreitung der Mindestreservesätze kaum Bedeutung hätte. Diese Ansicht wird aber mit der Begründung bestrit-

---

1) Amtliche Begründung zum KWG, Besonderer Teil Anm. zu § 6.

2) CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 1 zu § 6; ZIMMERER - SCHÖNLE Anm. 2 zu § 6; SZAGUNN - NEUMANN 1. Aufl. Anm. 5 und 12 zu § 6, 2. Aufl. Anm. 8 zu § 6; SCHORK Anm. 8 zu § 6; RÖH Seiten 6 und 14; OBST - HINTNER Seiten 398/399.

3) Anm. 9 zu § 6.

4) 1. Aufl. Anm. 13 zu § 6, 2. Aufl. Anm. 4 zu § 6.

ten, daß § 6 I nur die Aufsicht nach den Vorschriften des KWG und nicht auch noch zusätzlich nach denen des Bundesbankgesetzes festlegt [1].

Auch das Bundesaufsichtsamt sieht in § 6 I eine Befugnisnorm. In seiner Bekanntmachung Nr. 2/62 über das Verfahren bei Anzeigen nach §§ 13, 14, 16 und 24 KWG sowie der Bilanzvorlage nach § 26 KWG [2] stützt es sich ausdrücklich auf § 6 I; die Bekanntmachung beginnt wie folgt: "Auf Grund § 6 I in Verbindung mit .... wird folgendes bestimmt ...".

Die Kritik an der von der h. M. vertretenen Auffassung, § 6 I stelle eine Generalbefugnis für das Bundesaufsichtsamt dar, will folgende Fragen prüfen:

- Ergibt die Auslegung des § 6 I, daß diese Vorschrift eine Befugnisnorm ist?
- Welche Schlüsse lassen sich aus einer synoptischen Gesetzesexegese ähnlich lautender Aufsichtsklauseln ziehen?

3) Die Auslegung des § 6 Abs. I

Die Auslegung des § 6 I soll zunächst nach der "objektiven" Theorie erfolgen. Demnach ist maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift der in dieser zum Ausdruck gekommene objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist [3]. Die Vorschrift wird zunächst auf ihre wörtliche und grammatische Bedeutung hin geprüft und dann im Rahmen des systematischen Aufbaus betrachtet werden. Anschließend wird die Vorschrift nach der "subjektiven" Theorie ausgelegt, welche auf den historischen Willen der Gesetzesverfasser abstellt. Schließlich wird nach dem Ziel und Zweck der Bestimmung im Rahmen der gesetzlichen Regelung insgesamt gefragt werden.

---

1) Und zwar von: CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 2 a.E. zu § 6; REISCHAUER - KLEINHANS Anm. 8 zu § 6.

2) Abgedruckt bei CONSBRUCH - MÖLLER Text Nr. 420.

3) BVerfGE 1/299 f (312).

a) Grammatische Auslegung des § 6 Abs. I

Aus dem Text des § 6 I läßt sich nicht begründen, daß es sich um eine Befugnisnorm handelt. Wenn gesagt wird, "es übe jemand die Aufsicht über einen anderen aus", so hat die Aussage im Sprachgebrauch feststellenden Charakter und bedeutet nicht, daß der Aufsichtsberechtigte befugt sei, bestimmte Maßnahmen zu ergreifen. Wer einen Dritten beaufsichtigt, hat diesen an Hand eines vorgegebenen Maßstabes zu kontrollieren. Daher verbinden sich mit der Konstituierung einer Aufsicht grundsätzlich keinerlei Korrekturen der Zuständigkeitsordnung und Verwaltungsverantwortung [1]. § 6 I umreißt also insoweit die dem Bundesaufsichtsamt übertragene Aufgabe.

§ 6 I bestimmt ferner, daß die Aufsicht "nach den Vorschriften dieses Gesetzes" ausgeübt worden solle. Diese Formulierung spricht dafür, daß auf die einzeln aufgeführten speziellen Befugnisnormen hingewiesen werden soll, welche im Gesetz genannt sind. Neben der Feststellung, daß das Bundesaufsichtsamt die Aufsicht ausübe, verweist die Vorschrift auf die dem Bundesaufsichtsamt zur Durchsetzung seiner Aufsicht an die Hand gegebenen Befugnisse. Es handelt sich also bei § 6 I insoweit um eine Verweisungsnorm.

Die Überschrift des § 6, welche ein Teil des Gesetzes ist, spricht von der "Aufgabe" des Bundesaufsichtsamtes. Es soll also nach der Überschrift dieser Bestimmung die Funktion des Bundesaufsichtsamtes beschrieben werden. Auch hieraus ergibt sich, daß es sich um eine Aufgabenbeschreibung handelt.

Gegen diese Auslegung des Begriffes "Aufgabe" könnte aber eingewendet werden, daß der Begriff "Aufgabe" auch zugleich die "Befugnis zum Handeln" beinhalte. Nach einer Meinung [2] kennt z.B. das ehemalige preußische Polizeirecht (spez. § 14 PVG) und die hieran anknüpfenden heutigen Polizeigesetze der Länder den stillschweigenden Schluß von der Aufgabe auf die Befugnis. Das bayerische Polizeirecht legt aus rechtsstaatlichen Gründen großen Wert auf die Unterscheidung zwischen Aufgabe und Befugnis [3]. Aber auch

---

1) KÖTTGEN in HDSW Seite 738.

2) SAMPER Anm. 3 zu Art. 4 PAG; MAYER in MANG - MAUNZ - MAYER - OBERMAYER Seite 366.

3) Vergleiche z.B. bay. VGH n.F. 4/19 f (22); Mayer a.a.O..

im preußischen Polizeirecht hat es nie den Schluß von der Aufgabe auf die Befugnis gegeben [1]. § 14 PVG lautet wie folgt: "Die Polizeibehörden haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmäßigem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird." Es wird also einmal Ziel und Zweck der Tätigkeit der Polizeibehörden festgestellt; zweitens aber werden den Polizeibehörden auch die zur Durchführung dieser Aufgabe notwendigen Machtmittel nach außen hin beigelegt; es wird ihnen eine Generalbefugnis gegeben. BACHOF [2] hat darauf hingewiesen, daß § 14 PVG neben der Beschreibung der polizeilichen Aufgaben in erster Linie eine Ermächtigung zum Eingreifen der Polizei enthält. Es wird also auch im Polizeirecht außerhalb Bayerns keineswegs stillschweigend ein Schluß von den Aufgaben auf die Befugnisse, vom Zweck auf die Mittel gezogen, vielmehr hat sich das Gesetz selbst über die zulässigen Mittel und Befugnisse deutlich ausgesprochen. [3]

Damit bleibt es auf Grund der wörtlichen und grammatischen Auslegung bei dem Ergebnis, daß die Überschrift und der Text des § 6 I nur eine Aufgabenbeschreibung enthält und zugleich Verweisungsnorm ist, nicht aber eine selbständige Befugnisnorm.

b) Systematische Auslegung des § 6 Abs. I

§ 6 steht im ersten Abschnitt des Gesetzes, und zwar in den allgemeinen Vorschriften unter dem zweiten Titel mit der Überschrift "Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen" (§§ 5 bis 9). Diesem Abschnitt folgen die öffentlich-rechtlichen Pflichten der Kreditinstitute (§§ 10 bis 31), denen der dritte Abschnitt mit der Überschrift "Vorschriften über die Beaufsichtigung der Kreditinstitute" gegenübersteht. In diesem Abschnitt werden die Befugnisse des Bundesaufsichtsamtes detailliert aufgeführt. So bestimmt § 46, daß das Bundesaufsichtsamt bei Gefahr für die Gläubiger "Einstweilige Maßnahmen", "insbesondere Anweisungen für die Geschäftsführung des Kreditinstitutes" erlassen könne. Vor-

1) DREWS - WACKE Seite 42; MAUNZ in bay VBl. 1958, Seite 192 a.E..
2) Seite 106.
3) So DREWS - WACKE Seite 42.

aussetzung für den Eingriff in den Geschäftsbetrieb nach § 46 ist also das Vorliegen einer konkreten Gefahr [1]. Wird z.B. ein Großkredit ohne Zustimmung sämtlicher Geschäftsleiter gewährt - Verstoß gegen § 13 II 1 - so kann das Bundesaufsichtsamt gemäß § 46 nur dann von der Geschäftsleitung der Bank die Kündigung des Kredites verlangen oder bestimmen, daß für den Kredit zusätzliche Sicherheiten hereingenommen werden sollen, wenn durch die Gewährung dieses Kredites eine konkrete Gefahr entstanden ist. Die genannten Maßnahmen können demnach nicht ohne Vorliegen einer Gefahr ergriffen werden, indem sich das Bundesaufsichtsamt auf § 6 I beruft [2].

Da § 6 nicht unter den "Vorschriften über die Beaufsichtigung der Kreditinstitute" steht, ergibt die systematische Auslegung, daß es sich nur um eine Aufgabenbeschreibung und zugleich um eine Verweisungsnorm auf die Befugnisse des dritten Abschnittes handelt.

c) Historische Auslegung des § 6 Abs. I

Auch die Normvorstellungen der an der Gesetzgebung beteiligten Personen bilden ein wichtiges Auslegungskriterium [3]. Der historische Wille der Gesetzesverfasser des Kreditwesengesetzes ging eindeutig dahin, in § 6 I eine Befugnisnorm zu sehen. In der Regierungsbegründung heißt es wörtlich [4]: "§ 6 I gibt dem Bundesaufsichtsamt mit dieser Verpflichtung zugleich eine Rechtsgrundlage für entsprechende Verwaltungsakte." Das Schrifttum zu § 6 I und auch das Bundesaufsichtsamt selbst folgen - wie bereits dargelegt [5] - den Ausführungen der Regierungsbegründung a.a.O..

Die Gesetzesmaterialien haben zwar gegenüber dem Wortlaut keine selbständige maßgebende Bedeutung [6], begründen aber die Vermutung für sich, das Ergebnis vernünftiger Überlegungen zu sein [7].

---

1) Zu den Voraussetzungen des § 46 im einzelnen vergleiche unten, 3. Kapitel, Seiten 79 ff.
2) So aber SCHORK Anm. 39 a.E. zu § 13.
3) LARENZ, Methodenlehre, Seite 258.
4) Besonderer Teil Anm. zu § 6.
5) Siehe Seiten 10 f.
6) LEHMANN Seite 55.
7) LARENZ, Methodenlehre, Seite 258.

Deshalb wäre es, wie auch das BVerfG [1] ausführt, nach den Grundsätzen der allgemeinen Rechtslehre jedenfalls dann unbedenklich, sich auf die Gesetzesmaterialien zu berufen, wenn bei neueren Gesetzen sich für deren Auslegung feste Grundsätze noch nicht haben bilden können.

Der historische Wille des Gesetzgebers kann aber bei der Auslegung nur insoweit berücksichtigt werden, als er in dem Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat [2]. Das Reichsgericht führte bereits im 27. Band aus, der Gesetzgeber könne nur in einer Sprache sprechen, und zwar durch Publikation des Gesetzes [3]. Was nicht dem Gesetz entnommen werden kann, ist nicht gesetzliches Recht. Der Wille des Gesetzgebers fällt zusammen mit dem Willen des Gesetzes [4]. Aber selbst, wenn der gesetzgeberische Wille in der Vorschrift des § 6 I unvollkommen Ausdruck gefunden hat, darf man den Gesetzesmaterialien dann nicht folgen, wenn ganz überwiegende Gründe des Wortlauts, des Zusammenhanges mit den übrigen Gesetzesvorschriften und der Zweckmäßigkeit dagegen sprechen [5].

Der BGH legt allerdings in verschiedenen Entscheidungen zum GWB [6] auf das Ergebnis einer historischen Auslegung besonderen Wert [7]. Die aus der Untersuchung der Gesetzesmaterialien zum GWB gewonnenen Ergebnisse werden aber nur herangezogen, um die Ergebnisse nach der objektiven Auslegungsmethode zu untermauern. In BGHZ 31/105 f wird auf Seite 109 auf die amtliche Begründung zum GWB verwiesen, aber nur, um darauf hinzuweisen, daß der

---

1) BVerfGE 1/117 f (127).

2) BVerfGE 1/299 f (312); BVerfGE 10/234 f (244); BVerfGE 11/126 f (130); PALANDT Einleitung V vor § 1; SCHMIDT in SOERGEL - SIEBERT Einleitung vor § 1, Anm. 115; vergl. auch G. und D. REINICKE, Seiten 1033 ff, sowie BRÄNDL in STAUDINGER, Einleitung vor § 1, Anm. 56 u. 59.

3) RGZ 27/410 f (411); ihm folgend RGZ 128/102 f (111).

4) BVerfGE 11/126 f (130); RADBRUCH Seiten 210 f.

5) ENNECCERUS - NIPPERDEY Seite 330.

6) BGHZ 28/208 f; BGHZ 31/105 f; BGHZ 34/47 f; BGHZ 34/53 f; BGHZ 36/91 f; BGHZ 36/370 f.

7) So insbesondere BGHZ 28/208 f (211) zu § 38 II 2 GWB.

Zweck des Gesetzes berücksichtigt werden müsse [1]. Auf Seite 111 wird dann auf Wortlaut und Sinn der Vorschrift abgestellt. BGHZ 34/47 f geht ebenfalls auf Seite 49 vom "jeweiligen Sinnzusammenhang" aus, allerdings unter "Berücksichtigung" der "Entstehungsgeschichte". In BGHZ 34/53 f wird auf Seite 63 wiederum die Entstehungsgeschichte, speziell die Ausführungen in der amtlichen Begründung, nur unterstützend zur Auslegung herangezogen. Schließlich wird zwar in BGHZ 36/370 f Wert auf die Ausführungen der amtlichen Begründung gelegt (Seite 377), und der "Wille des Gesetzgebers" untersucht [2]; die Entstehungsgeschichte soll aber auch hier nur die aus Wortlaut und Sinnzusammenhang erschlossene Auslegung bestätigen [3].

Bisher ist erkannt worden, daß der Wortlaut des § 6 I, die Überschrift der Bestimmung und die Stellung im Gesetz nur eine Aufgabenbeschreibung ergeben. Ob die Vorschrift darüber hinaus auch als Norm interpretiert werden darf, die die Ermächtigung für belastende Verwaltungsakte gibt, kann endgültig nur aus dem Zweck und den Zielen der gesetzlichen Regelung insgesamt unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Notwendigkeiten beantwortet werden. Deshalb kann an dieser Stelle noch nicht endgültig der Schluß gezogen werden, das Ergebnis der historischen Auslegung der Vorschrift des § 6 Abs. I sei nicht haltbar.

d) Teleologische Auslegung des § 6 Abs. I

Die teleologische Interpretationsmethode besagt, daß Auslegungszweifel, die mit den übrigen Auslegungskriterien nicht behoben werden konnten, mit Hilfe der Erkenntnisse über den Normzweck beseitigt werden können [4]. Das Gesetz soll mit Hilfe dieser Methode im Einklang mit den Grundwertungen und Prinzipien der heutigen Rechtsordnung ausgelegt und im Hinblick auf die sich wandelnden Lebensverhältnisse sinngemäß fortgebildet werden. Dieses erfordert die Berücksichtigung der immanenten Gesetzeszwecke, der rechtsethischen

1) Ebenso BGHZ 36/91 f (103).
2) Vergl. Seite 378.
3) Vergl. Seite 379.
4) SCHMIDT in SOERGEL - SIEBERT Einleitung vor § 1 Anm. 117; BVerfGE 7/267 f (274) und BVerfGE 8/274 f (307); vergleiche auch v. TUREGG - KRAUS Seite 77.

Prinzipien und der Grundwerte des Rechts [1]. Es ist der Auslegung entscheidende Bedeutung beizumessen, die den Anforderungen unseres Gesellschaftslebens und der Entwicklung unserer gesamten Kultur möglichst gerecht wird [2]. Das Ergebnis der teleologischen Auslegung ist damit entscheidend [3].

Ohne die Problematik einer teleologischen Auslegung voll ausschöpfen zu wollen, sollen die Interessen der Banken einerseits und die der Allgemeinheit andererseits gegeneinander abgewogen werden, um zu einem Ergebnis über den Umfang der Befugnisse des Bundesaufsichtsamtes zu gelangen.

Die Zielsetzung der Bankenaufsicht läßt sich auf Grund der amtlichen Begründung [4] und dem Bericht des Wirtschaftsausschusses [5] mit SCHORK [6] auf folgende kurze Formel bringen: Schutz der Bankengläubiger und Erhaltung der volkswirtschaftlichen Funktionsfähigkeit des Kreditgewerbes. Bedarf nun die Bankenaufsicht einer Generalbefugnisnorm zur Durchsetzung aller Bestimmungen des Kreditwesengesetzes, oder ist den wirtschaftlichen Bedürfnissen, also dem Schutz des einzelnen und der Allgemeinheit, ausreichend Rechnung getragen, wenn das Bundesaufsichtsamt auf die im Gesetz ausdrücklich genannten Befugnisse beschränkt ist?

Die Antwort soll durch eine allgemeine wirtschaftliche Betrachtung des erforderlichen Umfanges einer Aufsicht über die Geschäftsbanken sowie durch eine Untersuchung der Bedeutung der besonderen Befugnisnormen des Kreditwesengesetzes gefunden werden. Hierzu wird an dieser Stelle auf das 2. und 3. Kapitel der Arbeit verwiesen.

Vorher aber sollen ähnlich lautende Aufsichtsklauseln anderer Gesetze ausgelegt [7] sowie untersucht werden, ob sich eine Generalbefugnis

---

1) LARENZ AT Seite 36.
2) ENNECCERUS - NIPPERDEY Seite 331.
3) LARENZ AT Seite 36; LANGE Seite 66; BRÄNDL in STAUDINGER Einleitung vor § 1, Anm. 57; LARENZ Methodenlehre Seite 258; LEHMANN Seite 55.
4) Allgemeiner Teil Anm. II.
5) Allgemeiner Teil Anm. 3.
6) Einleitung Seite 7.
7) Siehe Seiten 18 ff.

des Bundesaufsichtsamtes aus anderen Bestimmungen des Kreditwesengesetzes ergeben könnte.

e) Zwischenergebnis

Aus der Auslegung des § 6 I hat sich bisher folgendes Bild ergeben:

1) Der Wortlaut, die Überschrift der Bestimmung und die Stellung im Gesetz lassen § 6 I als Aufgabenbeschreibung sowie als Verweisungsnorm erkennen, nicht aber als Befugnisnorm.

2) Die historische Auslegung kommt allerdings zu dem Ergebnis, § 6 I sei eine Befugnisnorm.

3) Nur die teleologische Auslegung kann ein endgültiges Ergebnis über die Bedeutung des § 6 I bringen. Insoweit muß auf das 2. und 3. Kapitel der Arbeit verwiesen werden.

4) Die Auslegung ähnlich lautender Aufsichtsklauseln anderer Gesetze

Es gibt eine Reihe von Wirtschaftsaufsichtsgesetzen, in denen eine ähnliche Aufsichtsklausel wie im KWG (§ 6 I) vorhanden ist. Jeweils "übt die betreffende Aufsichtsbehörde die Aufsicht über die betreffenden Unternehmen nach Maßgabe des Gesetzes aus", oder "die betreffenden Unternehmen unterliegen der Beaufsichtigung durch die betreffende Aufsichtsbehörde". Im folgenden soll untersucht werden, ob diese Klauseln als Aufgabenbeschreibung oder als Befugnisnormen ausgelgt werden. Es wird sich zeigen, daß diese synoptische Gesetzesexegese ebenfalls zu dem Ergebnis führt, § 6 I sei nur eine Aufgabenbeschreibung.

a) Die Auslegung des § 30 I KWG von 1939

§ 30 I KWG 1939 lautete wie folgt: "Sämtliche inländischen Kreditinstitute ... unterliegen der Beaufsichtigung durch das ... Aufsichtsamt für das Kreditwesen." PRÖHL [1] führt hierzu aus, es handele sich bei dieser Bestimmung um eine Aufgabenbeschreibung; durch die gemäß § 30 I eingeführte allgemeine Bankenaufsicht wären nicht automatisch auch Befugnisse auf diese übergegangen. Die Aufsichtsbefugnisse der besonderen Reichs- und Staatsaufsichtsbehörden blieben durch die Einführung der Aufsicht des Aufsichtsamtes für das Kreditwesen unberührt.

b) Die Auslegung des § 3 Hypothekenbankgesetz und des § 3 Schiffsbankgesetz

Nach § 3 HBG und § 3 SchiffsBG "übt das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen die Aufsicht ... nach den Vorschriften dieses Gesetzes und des KWG aus." Mit diesen Vorschriften soll nach unbestrittener Meinung [2] lediglich die Aufgabe des Bundesaufsichtsamtes umrissen werden; es sind nicht in erster Linie die Vorschriften des KWG, sondern die speziellen Vorschriften des HBG bzw. SchiffBG anzuwenden. Eine Befugnisnorm für das Bundesaufsichtsamt wird in diesen Vorschriften nicht gesehen.

Dennoch hat das Bundesaufsichtsamt gegenüber den Hypothekenbanken und den Schiffspfandbriefbanken weitergehende Befugnisse als gegenüber den Geschäftsbanken. Jeweils § 4 der genannten Gesetze gestattet dem Bundesaufsichtsamt, alle Anordnungen zu treffen, die erforderlich sind, um den Geschäftsbetrieb mit den Gesetzen, der Satzung und den sonst in verbindlicher Weise getroffenen Bestimmungen in Einklang zu halten. Die Tragweite dieser ihrem Wortlaut nach weitgehenden Generalklausel kann zweifelhaft sein. Da aber die laufende Geschäftsführung dieser Institute überwacht werden soll, wie sich aus den §§ 4 ff HBG und SchiffsBG ergibt, hat das Bundesaufsichtsamt die Möglichkeit, auch Ermessensentscheidungen der Geschäfts-

1) KWG 1939 Anm. 1 zu § 30.

2) HOFMANN Anm. 24 zu §§ 3,4; BARLET - KARDING - FLEISCHMANN Anm. 2 zu § 3.

führung zu korrigieren [1]. Keinesfalls ist es aber zulässig, daß die Aufsichtsbehörde sich mit ihren Anordnungen in die Geschäftsführung insoweit einmischt, als sie etwa Anordnungen für die Vornahme bestimmter Geschäfte erteilt [2]. Durch die Aufsicht soll dem Vorstand die nach den §§ 76 ff, speziell § 93 AktG, treffende Verantwortung nicht abgenommen werden.

c) Die Auslegung des § 1 Versicherungsaufsichtsgesetz

Nach § 1 VAG "unterliegen (die Versicherungsunternehmen) der Aufsicht nach diesem Gesetz." Nach unbestrittener Meinung [3] kann die Aufsicht über die Versicherungsunternehmen nur ausgeübt werden, soweit es das Gesetz gestattet [4]. Kein belastender Verwaltungsakt darf ohne gesetzliche Grundlage erlassen werden. Jede Maßnahme des Versicherungsaufsichtsamtes, jeder Eingriff in die Rechtssphäre eines Versicherungsunternehmens muß eine Grundlage im geschriebenen Aufsichtsrecht haben. Sofern das Aufsichtsrecht eine bestimmte Maßnahme unmittelbar gegenüber einem Unternehmen nicht ausdrücklich zuläßt, kann die Aufsichtsbehörde diese Maßnahme auch nicht ergreifen.

Das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen hat durch § 81 VAG die Möglichkeit erhalten, den gesamten Geschäftsbetrieb der Versicherungsunternehmen, insbesondere die Befolgung der gesetzlichen Vorschriften und die Einhaltung des Geschäftsplanes zu überwachen. Die Versicherungsunternehmen sind damit einer weitgehenden Weisungsgewalt der Aufsichtsbehörde unterworfen. Doch haben die zulässigen Anordnungen auch hier stets negativen Charakter; eine positive Lenkung, also Weisung zur Vornahme bestimmter Geschäfte, wäre mit dem Sinn des Wirtschaftsaufsichtsrechtes nicht

---

1) BARLET - KARDING - FLEISCHMANN Anm. 7 c zu § 4; DANNENBAUM Anm. 6 zu § 4.
2) BARLET - KARDING - FLEISCHMANN Anm. 7 zu § 4.
3) FROMM - GOLDBERG Anm. 7 II zu § 1; PRÖLSS Anm. 15/16 zu § 1.
4) Vergleiche zu dieser Frage allgemein JELLINEK Seite 88.

vereinbar [1].

d) Die Auslegung des § 77 Güterkraftverkehrsgesetz

Der Unternehmer, der mit Kraftfahrzeugen Güter transportiert, "unterliegt wegen der Erfüllung der gesetzlichen Vorschriften der Aufsicht der Genehmigungsbehörde" (§ 77 GüKG). Diese Vorschrift wird dahingehend ausgelegt, die Aufsichtsbehörde sei auf die ausdrücklich genannten Aufsichtsmittel, d.h. auf die Rücknahme der Genehmigung (§ 78 GüKG) oder die Einleitung eines Bußgeldverfahrens beschränkt [2]. Damit sieht man also auch in § 77 GüKG lediglich eine Aufgabenbeschreibung.

e) Die Auslegung des § 139 b Gewerbeordnung

Die gewerblichen Unternehmen, gleichviel, ob sie eine freie oder eine verliehene Gewerbeberechtigung innehaben, unterliegen nach § 139 b GewO der Gewerbeaufsicht, die von den Landesbehörden entweder ausschließlich oder neben allgemeinen Polizeibehörden besonderen Gewerbeaufsichtsbehörden zu übertragen ist. Bei der Ausübung der Aufsicht stehen ihnen alle Befugnisse der Ortspolizeibehörden zu (§ 139 b Abs. I S 2 GewO); sie können somit polizeilichen Zwang nach Maßgabe der Landespolizeigesetze anwenden [3].

Man entnimmt also das Recht zu Eingriffen nicht aus der Aufsichtsklausel des § 139 b I 1 GewO zur Abstellung eines gesetzwidrigen Zustandes, sondern auf Grund der Verweisung in § 139 b I 2 aus den jeweiligen Landespolizeigesetzen und den besonderen, in § 139 b ausdrücklich genannten Befugnissen [4].

---

1) So HUBER Seite 738; vergl. auch FROMM - GOLDBERG Anm. 6 I und II zu § 81 VAG für die Versicherungsaufsicht und BARLET - KARDING - FLEISCHMANN Anm. 7 b zu § 4 HBG für die Aufsicht über die Hypothekenbanken.

2) BULLINGER Seite 269; HEIN - EICHHOFF Anm. 2 Abs. II zu § 77; unklar BALFANZ Anm. 1 zu § 78.

3) HUBER Seite 700; STAHLHACKE Anm. IV zu § 139 b; LANDMANN - ROHMER Anm. 15 und 16 zu § 139 b.

4) BÄCK in v. BRAUCHITSCH Anm. III zu § 139 b; STAHLHACKE Anm. IV, 1 zu § 139 b; unklar ROHLFING Anm. 6 a zu § 139 b.

f) Die Auslegung des § 54 Personenbeförderungsgesetz

In § 54 I PBefG ist festgelegt, daß der Unternehmer hinsichtlich der Erfüllung der Vorschriften des Gesetzes der Aufsicht der Genehmigungsbehörde unterliegt. Hieraus wird nun mit Hilfe der amtlichen Begründung herausgelesen, die Aufsichtsbehörde habe das Recht und die Pflicht, dem Unternehmer "Weisungen" zu erteilen, d.h. ihn durch Verwaltungsakte zur Erfüllung seiner Verpflichtungen anzuhalten [1].

Die Begründung der Literatur zu § 54 I PBefG leidet aber an dem gleichen Mangel, der auch bei der Interpretation des § 6 I KWG gemacht wird. Die historische Auslegung bedarf dann einer genauen Überprüfung, wenn der Wille des Gesetzgebers im Gesetz selbst keinen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat [2]. Eine objektive Auslegung des § 54 PBefG würde auf Grund der Formulierung des Textes ebenfalls im gleichen Sinne wie die Auslegung des § 6 I KWG das Ergebnis der historischen Auslegung korrigieren.

Damit kann ein Vergleich der Vorschriften des § 6 I KWG und des § 54 PBefG für das Ergebnis unberücksichtigt gelassen werden.

g) Die Auslegung des § 1 II 2 Börsengesetz

Die Vorschrift des § 1 II 2 Börsengesetz, die eine Aufsicht über die Börsenorgane festsetzt, wird von der Literatur dahingehend ausgelegt, daß aus dieser Aufsichtsklausel eine Weisungsbefugnis folge [3]. Diese Bestimmung eignet sich aber nicht zur Auslegung der Aufsichtsklauseln in den Wirtschaftsgesetzen. Im Börsengesetz kennt man nur die Aufsicht über die Börsenorgane. Diese wiederum nehmen gemäß § 1 Abs. II BörsenG Aufgaben wahr, die an sich von den Landesregierungen zu erfüllen sind und lediglich delegiert wurden. GÖPPERT [4] führt deshalb richtig aus, die Befugnisse des Staates über die Börse

---

1) Referentenkommentar von RAUTENBERG - FRANTZIOCH Anm. 1 zu § 54; GREIF Anm. 18 zu § 54; unklar SIGL Anm. 2 zu § 54.

2) Vergleiche oben Seiten 14 ff.

3) MEYER - BREMER Anm. 8 zu § 1; GÖPPERT Seite 250; HUBER Seite 622.

4) a.a.O. Seite 250.

seien nur noch formell als Aufsicht ausgestaltet, der Sache nach sei die Aufsicht über die Börsenorgane aber eigene Verwaltung. Es handelt sich also nicht mehr um Polizeiaufsicht, die an polizeiliche Maßstäbe gebunden wäre [1].

Damit kann die Weisungsbefugnis der Behörde gegenüber den Börsenorganen nicht zur Auslegung des Begriffes "Aufsicht" verwendet werden. Die Befugnis ergibt sich hier aus der staatlichen, internen Über- und Unterordnung. In der Aufsicht über die Kreditinstitute stehen sich aber Privatunternehmen und staatliche Behörde gegenüber. Somit sind die beiden Aufsichtsklauseln nicht miteinander vergleichbar.

h) Zwischenergebnis

Bei einem Vergleich der Aufsichtsklauseln anderer Wirtschaftsaufsichtsgesetze mit der Aufsichtsklausel des § 6 I hat sich ergeben:

1) Die in der Literatur zu § 30 KWG 1939, § 3 HBG, § 3 SchiffsBG, § 1 VAG, § 77 GüKG und § 139 b GewO vertretene Auffassung, die genannten Vorschriften seien keine Befugnisnormen, sondern stellten nur Aufgabenbeschreibungen dar, lassen den Schluß zu, daß auch § 6 I lediglich eine Aufgabenbeschreibung enthält.
2) Die gegenteilige Auffassung zu den Klauseln des PBefG und des BörsenG ist demgegenüber unbeachtlich; erstere, weil eine historische Auslegung auch hier nicht zulässig sein wird, letztere, weil es sich der Sache nach bereits um Staatsverwaltung handelt und nicht mehr um Aufsicht über Privatpersonen.

---

1) So GÖPPERT a.a.O.; HUBER a.a.O.; MEYER - BREMER a.a.O..

5) Ergebnis der Untersuchung des § 6 Abs. I

Die grammatische und systematische Auslegung des § 6 I hat ergeben, daß es sich bei dieser Bestimmung um eine Aufgabenbeschreibung handelt. Ein Vergleich mit den entsprechenden Aufsichtsklauseln anderer Wirtschaftsaufsichtsgesetze bestätigt das Ergebnis uneingeschränkt [1]. In den Wirtschaftsbereichen, in welchen eine Aufsicht über die laufende Geschäftsführung festgelegt werden sollte, wurde dieses in den Gesetzen ausdrücklich ausgesprochen. Es hieß jeweils: "Die Aufsichtsbehörde ist befugt, alle Anordnungen zu treffen ...". Eine solche Formulierung findet sich aber nicht in § 6 Abs. I.

Dagegen kommt die historische Auslegung zu dem Ergebnis, § 6 I sei eine Befugnisnorm. Eine endgültige Entscheidung dieser Frage kann erst nach Untersuchung der wirtschaftlichen Notwendigkeit einer Generalbefugnisnorm gefällt werden [2].

---

1) Zu dem gleichen Ergebnis kommt BULLINGER Seite 316: Man dürfe in die Formel, das BAK übe die Aufsicht "nach den Vorschriften dieses Gesetzes aus", nicht eine allgemeine Ermächtigung zum Erlaß von Aufsichtsakten hineinlesen; der klare Wortlaut spreche für eine Verweisung auf die einzeln aufgeführten Mittel einer bloßen Rahmenaufsicht.
STARKE, Neuregelung der Bankenaufsicht, Seite 31 und die BEGRÜNDUNG ZUM ENTWURF des 5. ÄNDERUNGSGESETZES zum HBG zu Art. I Nr. 2 sprechen nur von den Aufgaben nach § 6, nicht aber von den Befugnissen. Der Entwurf weist a.a.O. ausdrücklich darauf hin, daß das BAK gegenüber den Hypothekenbanken eine weitergehende Befugnis haben müsse, und nicht auf die speziellen Eingriffsbefugnisse des KWG beschränkt bleiben dürfe. - Auch die Regierungsbegründung zum KWG, Allgemeiner Teil Ziff. VII Nr. 3 weist auf Vorschriften des Entwurfs hin, "die nicht direkt vollziehbar sind". Stünde dem BAK mit § 6 I eine Generalbefugnis zur Seite, könnte es nicht unmittelbar vollziehbare Normen nicht geben.

2) Insoweit muß auf das 2. und 3. Kapitel der Arbeit verwiesen werden.

II) GENERALBEFUGNIS AUF GRUND DES § 6 Abs. II

In § 6 II wird dem Bundesaufsichtsamt auferlegt, "Mißständen im Kreditwesen entgegenzuwirken". Es handelt sich bei dieser Vorschrift um eine allgemein gefaßte Generalklausel, deren tatsächliche und rechtliche Wirksamkeit zweifelhaft ist. Wenn "Mißstände im Kreditwesen" vorliegen, sind sie gewiß nicht auf ein einzelnes Institut beschränkt, sondern weit verbreitet. Außerdem sind an Mißständen im Kreditwesen regelmäßig nicht nur Kreditinstitute, sondern auch andere Wirtschaftszweige beteiligt, welchen gegenüber das Bundesaufsichtsamt keinerlei Befugnisse hat [1]. Ferner sind in § 6 II die "Mißstände im Kreditwesen" nicht hinreichend konkretisiert. Aus diesen Gründen stehen dem Bundesaufsichtsamt auf Grund des § 6 II keine unmittelbaren hoheitlichen Befugnisse zu [2].

Dieses Ergebnis läßt sich auch durch einen Vergleich mit den dem § 6 Abs. II entsprechenden Vorschriften begründen.

1) Vergleich mit § 23 Abs. II KWG

Die Ansicht, die "Mißstände im Kreditwesen" seien nicht genügend konkretisiert, kann auch mit Hilfe des § 23 belegt werden, dessen Abs. II von "Mißständen bei der Werbung der Kreditinstitute" spricht. Hier wird nämlich dem Bundesaufsichtsamt ausdrücklich auferlegt, durch "allgemeine Maßnahmen" (§ 23 III) bestimmte Arten der Werbung zu untersagen. In diesem einen Fall sind also die Mißstände genügend konkretisiert, die Ermächtigungsnorm, auf die sich das Bundesaufsichtsamt stützen kann, ist aber nicht § 6 II, sondern

---

1) So auch RÖH Seiten 7 f.

2) SZAGUNN - NEUMANN 1. Aufl. Anm. 22 zu § 6, 2. Aufl. Anm. 7 a.E. zu § 6; Bericht des Wirtschaftsausschusses zum Entwurf des KWG Allgemeiner Teil Anm. III 3 a.E.; ZIMMERER - SCHÖNLE Anm. 4 zu § 6; CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 3 zu § 6; FRICK Seite 209; SCHORK Anm. 18 zu § 6.

§ 23 Abs. II [1].

2) Vergleich mit § 81 II 1 Versicherungsaufsichtsgesetz

Nach § 81 II 1 VAG aber, der wie folgt lautet: "Die Aufsichtsbehörde kann die Anordnungen treffen, die geeignet sind, Mißstände zu beseitigen, welche die Belange der Versicherten gefährden ...", kann nach einhelliger Meinung [2] auf Grund eines "Mißstandes" eingegriffen werden. Der Begriff "Mißstand" ist nach STARKE [3] der Zentralbegriff des § 81 VAG, durch den diese Vorschrift in Verbindung mit der allgemeinen Überwachungsbefugnis der Aufsichtsbehörde ihre weite Ausdehnung erhält. Dennoch lassen sich § 81 II 1 VAG und § 6 II nicht vergleichen. Die "Mißstände" in § 81 II 1 VAG beziehen sich ausschließlich auf bestimmte einzelne Geschäftsmethoden einzelner Versicherungsunternehmen [4]. § 6 II spricht aber von "Mißständen im Kreditwesen", nicht von einem "Mißstand" in der Geschäftsmethode einer einzelnen Bank [5]. Die dem § 81 II 1 VAG entsprechende Vorschrift im KWG ist § 46 I 1, nach der das Bundesaufsichtsamt einstweilige Maßnahmen bei Gefahr für die Sicherheit der einem Kreditinstitut anvertrauten Vermögenswerte ergreifen kann. § 6 II bestimmt im Gegensatz zu § 81 II 1 auch nicht, wie das Bundesaufsichtsamt "Mißständen im Kreditwesen" entgegenzu-

---

1) SZAGUNN - NEUMANN 1. Aufl. Anm. 22 zu § 6, 2. Aufl. Anm. 8 II zu § 6; CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 3 zu § 6. - Zu der Rechtsnatur dieser "allgemeinen Maßnahmen" vergleiche CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 9 zu § 23; SCHORK Anm. 31 zu § 23; PRÖHL KWG 1961 Anm. 3 (Seite 27) zu § 23. Es soll sich um Verwaltungsakte (Einzel- bzw. Sammelverfügungen) handeln.

2) STARKE, Anordnungen ... Seite 87; SCHMIDT Seite 81; PRÖLSS Anm. 9 c zu § 81; FROMM - GOLDBERG Anm. 4 zu § 81.

3) Anordnungen ... Seite 87.

4) Vergl. die Aufzählungen von Mißständen bei FROMM - GOLDBERG Anm. 7 zu § 81 und bei STARKE, Anordnungen ... Seiten 89 ff.

5) So auch REISCHAUER - KLEINHANS Anm. 11 zu § 6.

wirken habe; nach § 81 II 1 VAG aber hat das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen die Befugnis, "Anordnungen zu treffen", also Verwaltungsakte den einzelnen Versicherungsunternehmen gegenüber zu erlassen.

3) Vergleich mit § 32 KWG von 1939

Auch § 32 KWG 1939 spricht von "im Kreditwesen auftretenden Mißständen". Hierzu führt PRÖHL [1] aus, es stünden dem Aufsichtsamt grundsätzlich keine direkten Zwangsmittel zur Verfügung. Nur soweit die Feststellung von Mißständen zugleich einen Verstoß gegen Bestimmungen des KWG beinhalten würden, könne das Aufsichtsamt gegen die betreffenden Institute vorgehen.

4) Ergebnis der Untersuchung des § 6 Abs. II

Zusammenfassend ergibt sich also, daß § 6 II ebenfalls keine Generalbefugnis zu Eingriffen des Bundesaufsichtsamtes gegenüber den Banken festgelegt hat. Soweit Maßnahmen zur Abwendung von Mißständen im Kreditwesen erforderlich sind, wird das Bundesaufsichtsamt in wichtigen Fällen gesetzgeberische Maßnahmen anregen, wenn schlichtes Verwaltungshandeln - wie Besprechungen oder ähnliches mit den Instituten oder den Verbänden - zu keinem Erfolg führt [2].

Dieses Ergebnis ist in der Literatur zum KWG unbestritten [3].

---

1) KWG 1939 Anm. 1 a.E. zu § 32.

2) So Bericht des Wirtschaftsausschusses zum Entwurf des KWG, Allgemeiner Teil III 3 a.E.; SCHORK Anm. 18 zu § 6; REISCHAUER - KLEINHANS Anm. 1 a.E. zu § 46.

3) Vergleiche die in Anm. 2 auf Seite 25 genannten Autoren.

III) GENERALBEFUGNIS DURCH AUFGABENÜBERTRAGUNG

In der Literatur wird vereinzelt vertreten, eine Generalbefugnis des Bundesaufsichtsamtes zu Eingriffen den Banken gegenüber ergebe sich bereits aus der Tatsache, daß diesem die Aufgabe übertragen sei, die Banken zu beaufsichtigen. Es wird angenommen, daß den Aufsichtsbehörden grundsätzlich zugleich mit der Übertragung der Aufsicht durch den Gesetzgeber alle zur Durchführung der Aufsicht und zur Erreichung der besonderen Aufsichtszwecke erforderlichen Mittel zur Verfügung gestellt werden [1].

Es bedürfe keiner Erörterung, daß eine wirksame staatliche Aufsicht nur möglich sei, wenn ihr die rechtliche Möglichkeit verliehen ist, die zur Ausübung der Aufsicht notwendigen Anordnungen durchzuführen [2]. Diese Auffassung entspricht dem in § 89 Einl. pr. ALR festgelegten Grundsatz: "Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann". Es wird demnach ausdrücklich von der Aufgabenübertragung an das Bundesaufsichtsamt auf die ihm dadurch zustehenden Befugnisse geschlossen [3].

Inzwischen ist aber anerkannt, daß das Rechtsinstitut der Staatsaufsicht über Wirtschaftsunternehmen durch den Gesetzesvorbehalt geformt ist [4]. Jeder aufsichtliche Verwaltungsakt korrigierender Art stellt einen Eingriff in die wirtschaftliche Freiheit dar. Eingriffe in die Freiheit des einzelnen unterliegen aber in einem Rechtsstaat immer dem Vorbehalt des Gesetzes [5].

Man muß sich also für die Staatsaufsicht in der Wirtschaft von der Vorstellung lösen, eine Aufsichtsbehörde habe im Zweifel alle Befugnisse, die zur Erfüllung ihrer Aufgabe notwendig seien. Diese Formel

---

1) So FRICK Seiten 51 und 208; wohl auch CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 2 zu § 50.

2) FLIES Seite 937.

3) Anders bei der Auslegung des Begriffes "Aufgabe"; dort wurde die Ansicht abgelehnt, der Begriff selbst umfasse die "Befugnis zum Handeln"; vergleiche oben Seiten 12 f.

4) BULLINGER Seiten 284 und 310.

5) FORSTHOFF Seite 114; JELLINEK Seite 88.

ist als allzu unbestimmte Generalklausel mit dem Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes nicht zu vereinbaren.

Durch die Übertragung der Aufgabe, die Banken zu beaufsichtigen, ist dem Bundesaufsichtsamt nicht auch zugleich die Befugnis zum Erlaß belastender Verwaltungsakte zur Verfügung gestellt worden.

IV) BEFUGNISSE DES BUNDESAUFSICHTSAMTES AUS DER DIE KREDITINSTITUTE VERPFLICHTENDEN NORM

Die Normen des KWG, die den Banken ein genau bezeichnetes geschäftliches Verhalten auferlegen, ohne daß dem Bundesaufsichtsamt eine Befugnisnorm zur jederzeitigen Durchsetzung dieser Bestimmungen zur Seite steht, begründen für die der Aufsicht unterworfenen Institute trotzdem gesetzliche Verpflichtungen. Wenn z.B. eine Bank Geldbeträge von einer Handelsgesellschaft als Spareinlage annimmt, ohne sich vorher "dartun" zu lassen, ob diese Gelder der Ansammlung oder Anlage von Vermögen dienen, hat sie einen Gesetzesverstoß begangen (Verstoß gegen § 21 III S 1 i.V. mit § 21 Abs. II KWG). Kann nun das Bundesaufsichtsamt die Beseitigung des gesetzwidrigen Zustandes von der Bank verlangen mit der Begründung, das Verhalten der Bank verstoße gegen ein ausdrückliches Gebot oder Verbot des Gesetzes? Bedarf es m.a.W. keiner Generalbefugnis des Bundesaufsichtsamtes, da befehlende Verwaltungsakte auch darauf gestützt werden könnten, daß eine öffentlich-rechtliche gesetzliche Pflicht von einer Bank verletzt worden ist?

1) Die vom Bundeskartellamt vertretene Ansicht

Das Bundeskartellamt hat in seiner Entscheidung vom 11.8.1961 [1] folgende Meinung vertreten: Wird eine unmittelbar aus dem Gesetz folgende öffentlich rechtliche Verpflichtung nicht erfüllt, so kann die Verwaltungsbehörde, der gegenüber die Verpflichtung zu erfüllen ist, Verwaltungszwang anwenden, um die Erfüllung der Verpflichtung durchzusetzen. Im Falle einer durch Verwaltungsakt begründeten

---

1) Abgedruckt in WuW 1962, Seiten 355 ff; vergleiche speziell Seiten 362, 363.

Verpflichtung enthält die gesetzliche Ermächtigung der Behörde zu dem verpflichtenden Verwaltungsakt zugleich die Ermächtigung zum Vollzug. Wenn eine gesetzliche Norm unmittelbar eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung begründet, dann ist die zuständige Behörde dadurch und in Verbindung mit ihrem allgemeinen Verwaltungsauftrag zugleich ermächtigt, diese Verpflichtung zu vollziehen. Es bedarf keines besonderen Verwaltungsaktes zur Begründung dieser Verpflichtung. Eine Aufforderung, den gesetzlichen Verstoß zu beseitigen, ist daher kein Verwaltungsakt mit konstitutiver Wirkung, durch den die materiellrechtliche Verpflichtung begründet wird, sondern ein Verwaltungsakt, der das allgemeine gesetzliche Gebot auf einen bestimmten Fall konkretisiert. Die Aufforderung ist auf die Vornahme einer Handlung gerichtet und kann mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden [1].

Bei einem Verstoß gegen § 21 III S 1 i.V. mit § 21 Abs. II durch eine Bank würde diese Ansicht folgendes bedeuten: Das Bundesaufsichtsamt könnte von der Bank verlangen, daß sie sich nachträglich von dem Kunden die Eigenschaft der Gelder als Spargelder dartun läßt. Das Bundesaufsichtsamt könnte aber auch verlangen, daß die eingezahlten Mittel sofort zurückzuzahlen sind; oder es könnte verlangen, daß die Mittel als Sicht- bzw. Termineinlagen verbucht werden. Das Bundesaufsichtsamt hätte aber auch die Möglichkeit zu verlangen, daß die Mittel zum frühest möglichen Zeitpunkt seitens der Bank zu kündigen wären und bis dahin als Spareinlagen behandelt werden sollten. In jedem Fall läge eine Aufforderung vor, den gesetzlichen Verstoß zu beseitigen. Dieser Verwaltungsakt wäre dann - nach Bestandskraft - durchsetzbar.

2) Bedenken gegen die Ansicht des Bundeskartellamtes

Das Bundeskartellamt behauptet a.a.O., seine Ansicht sei herrschend in der verwaltungsrechtlichen Lehre, welcher auch die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte gefolgt sei. Die Berufung auf WOLFF [2] kann zu Recht bestehen, da dieser a.a.O. ausführt, die Verletzung einer perfekten materiellen Verpflichtung habe in der Regel Verwal-

---

1) So a.a.O. Seite 363.

2) Seite 230; 2. Aufl. 1958 Seite 193.

tungszwang zur Folge. Allerdings hat WOLFF a.a.O. nicht ausgeführt, ob die Verletzung einer "perfekten materiellen Verpflichtung" schon dann vorliegt, wenn der Pflichtige gegen eine gesetzliche Bestimmung verstoßen hat oder erst dann, wenn eine Anordnung der Verwaltungsbehörde nicht eingehalten worden ist. Die anderen vom Bundeskartellamt genannten Fundstellen [1] behandeln ausschließlich die Frage, ob die Verwaltungsbehörde insoweit, als sie befugt ist, Verwaltungsakte zu erlassen, diese auch ohne eine ausdrückliche Vollstreckungsnorm vollstrecken kann. Damit ist aber nicht die Frage geklärt, ob die Verwaltungsbehörde in jedem Fall einen befehlenden Verwaltungsakt erlassen kann, wenn der Pflichtige gegen ein ausdrückliches gesetzliches Gebot oder Verbot verstoßen hat.

Selbst wenn man der Entscheidung des Bundeskartellamtes folgen würde, eigneten sich die Ausführungen nicht, Verwaltungsakte zur Beseitigung eines Verstoßes gegen die hier untersuchten gesetzlichen Bestimmungen zu begründen. Es muß sich gemäß BKartA um gesetzliche Verpflichtungen "gegenüber der Verwaltungsbehörde" handeln. Die Bestimmungen des KWG, welchen keine spezialgesetzlichen Befugnisse des Bundesaufsichtsamtes gegenüberstehen, stellen aber keine Verpflichtungen der Banken dem Bundesaufsichtsamt gegenüber dar. Vielmehr verlangen sie ein bestimmtes Verhalten im geschäftlichen Verkehr zwischen der Bank und ihren Kunden.

Pflichten der Banken dem Bundesaufsichtsamt gegenüber bestehen zwar auch in Form der Anzeige- und Meldepflichten [2], Abgesehen davon, daß sämtliche Verletzungen der Anzeige- und Meldepflichten des KWG mit Geldbuße geahndet werden können [3], ist das Bundesaufsichtsamt nach § 44 Nr. 1 befugt, "Auskünfte über alle Geschäftsangelegenheiten sowie die Vorlegung der Bücher und Schriften zu verlangen." Damit sind die Pflichten der Banken dem Bundesaufsichtsamt

---

1) Insbesondere HAUEISEN Seiten 1457 f; JELLINEK Seiten 333 f; OVG Lüneburg Verw.RSpr. 1955/839 f (842); VGH Stuttgart Verw. RSpr. 1953/ Seiten 603 f.

2) z.B. §§ 14, 16, 24, 26 u.v.a..

3) und aus diesem Grunde schon aus der Betrachtung herausgelassen werden sollen.

gegenüber gemäß § 44 Nr. 1 jederzeit durchsetzbar [1]. Für die Fälle der Pflichten der Banken "gegenüber dem Aufsichtsamt" bedarf es also keiner Begründung einer "Befugnis zu Eingriffen aus der die Kreditinstitute verpflichtenden Norm."

Wird aber gegen ein ausdrückliches gesetzliches Verhaltensgebot oder Verbot des KWG verstoßen, kann hieraus keinesfalls eine Befugnis zu Eingriffen hergeleitet werden. Aus der materiellen Gebots- oder Verbotsnorm ergibt sich nicht, welche Verwaltungsbehörde für die Eingriffe zuständig sein soll. Auch ergibt sich aus der materiellen Norm kein Anhaltspunkt für die gesetzlich eventuell zulässigen Eingriffe. Eingriffe in die Rechtssphäre des einzelnen sind aber nur dann zulässig, wenn sie sich auf eine Befugnisnorm stützen können, aus der sich zum mindesten ergibt, wer für Maßnahmen zuständig ist und welche befehlenden Verwaltungsakte erlassen werden dürfen [2]. Aus diesen Gründen ist die Ansicht des Bundeskartellamtes abzulehnen.

3) Ergebnis

Das Bundesaufsichtsamt kann keine Befugnisse zu befehlenden Verwaltungsakten daraus ableiten, daß ein Kreditinstitut gegen eine materielle Norm des KWG verstoßen hat.

---

1) Zwar führen SZAGUNN - NEUMANN 2. Aufl. Anm. 2 a.E. zu § 44 aus, die Auskunft stehe im Gegensatz zur Anzeige: während bei der Anzeige das Institut von sich aus tätig werden müsse, sei eine Auskunft nur auf Verlangen zu erteilen. Wenn aber eine Anzeige ausbleibt, kann das BAK ein Auskunftsverlangen hierauf stützen; es liegt ein ausreichender besonderer Grund, welcher für ein Auskunftsbegehren verlangt werden muß (SCHORK Anm. 3 zu § 44) bei Ausbleiben einer Anzeige vor.

2) Vergleiche hierzu im einzelnen oben, speziell Seiten 8 ff.

V) ERGEBNIS DES 1. KAPITELS

Es hat sich bisher ergeben, daß § 6 II keine Generalbefugnisnorm darstellt. Auch kann keine Generalbefugnis daraus abgeleitet werden, daß dem Bundesaufsichtsamt die Aufgabe übertragen worden ist, die Kreditinstitute zu beaufsichtigen. Schließlich ergibt sich eine Durchsetzungsbefugnis des Bundesaufsichtsamtes nicht aus der jeweiligen Gesetzesnorm, die die Kreditinstitute zu einem bestimmten geschäftlichen Verhalten verpflichtet.

Die grammatische und systematische Auslegung des § 6 I sowie eine vergleichende Exegese anderer ähnlich lautender Aufsichtsklauseln läßt den Schluß zu, § 6 I sei ebenfalls keine Befugnisnorm, sondern nur eine Aufgabenbeschreibung. Die historische Auslegung des § 6 I kommt allerdings zu dem gegenteiligen Ergebnis. Inwieweit das Ergebnis der grammatischen und systematischen Auslegung wirtschaftlich gerechtfertigt ist, soll im folgenden geprüft werden.

2. KAPITEL

WIRTSCHAFTLICHE RECHTFERTIGUNG DES FEHLENS EINER GENERALBEFUGNIS DEN GESCHÄFTSBANKEN GEGENÜBER

Aus den bisherigen Überlegungen hat sich ergeben, daß dem Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen keine Generalbefugnis für Eingriffe den Geschäftsbanken gegenüber zur Seite steht; es ist auf die einzelnen im KWG ausdrücklich genannten Befugnisse beschränkt. Ist es wirtschaftlich gerechtfertigt, die Geschäftsbanken nur einer Aufsicht zu unterwerfen, welche nicht in der Lage ist, jederzeit einzelne, möglicherweise gefährliche Geschäfte rückgängig zu machen? - Sind die Banken nicht ein so zentraler Wirtschaftsfaktor, daß es für die Allgemeinheit untragbar wäre, diesen Gewerbezweig auch nur teilweise sich selbst zu überlassen und erst dann einzuschreiten, wenn bestimmte Gefahrenmomente offensichtlich geworden sind?

I) METHODE ZUR FESTSTELLUNG DER WIRTSCHAFTLICH ERFORDERLICHEN INTENSITÄT DER AUFSICHT

Mit Hilfe der Wirtschaftsaufsicht soll allgemein die Mindestberücksichtigung öffentlicher Interessen bei der Verfolgung von Gruppeninteressen gewährleistet werden [1]. Die Aufsicht soll z.B. unzuverlässige Gewerbetreibende fernhalten oder beseitigen, Verkehrssicherheit in allgemeiner und technischer Hinsicht erreichen, die Geldanlagen der Kunden sichern, die Sparer oder Versicherungsnehmer vor unlauteren Geschäftsmethoden schützen, die Angemessenheit der zu zahlenden Entgelte (wie z.B. Zins) überwachen [2]. Wird den einzelnen öffentlichen Interessen im Verlaufe der Zeit mehr Gewicht beigelegt, wird auch die Tätigkeit der Unternehmen einem immer dichteren Netz von öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen unterworfen. Von einem bestimmten Intensitätsgrad an wird dann die Aufsicht zu einer ständigen staatlichen Kontrolle darüber, ob diesen Verpflichtungen

1) SALZWEDEL Seite 210.
2) SCHÜLE Seite 92.

genügt wurde [1]. Schließlich wird über die Kontrolle hinaus als schärfste Form der Aufsicht in jeden einzelnen Geschäftsvorgang eingegriffen, wenn festgestellt worden ist, daß ein Verstoß gegen die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen begangen wurde.

Diese allgemeinen Überlegungen eignen sich aber nicht, eine Aussage über die erforderliche Intensität der Aufsicht in der Kreditwirtschaft zu machen. Die umfassenste Aufsicht wäre möglicherweise die schädlichste Aufsicht, da sie die wirtschaftliche Entwicklung, insbesondere die Entwicklung neuer Marktformen oder neuer Geschäftsmethoden, zum Erliegen bringen würde. Der erforderliche Grad der Aufsicht über die Wirtschaft allgemein könnte nur mit Hilfe einer politischen Entscheidung bestimmt werden, denn letztlich sind alle Einzelmaßnahmen der Wirtschaftsaufsicht von denjenigen wirtschaftspolitischen Auffassungen getragen, deren Verwirklichung den aufsichtführenden Instanzen aufgegeben ist [2]. Darum soll hier von einer generellen Aussage über die wirtschaftlich erforderliche Intensität der Aufsicht Abstand genommen werden.

An die Stelle einer generellen Aussage soll ein Vergleich der Bankenaufsicht mit der Realkreditaufsicht und der Versicherungsaufsicht treten. Hinsichtlich der Intensität der Aufsicht über die Realkreditinstitute und Versicherungen soll davon ausgegangen werden, daß die durch die entsprechenden Aufsichtsgesetze festgelegte materielle Staatsaufsicht mit jederzeitiger Eingriffsmöglichkeit wirtschaftlich angemessen ist [3]. Hieran knüpft sich die Frage, ob eine schwächere Aufsicht ohne die Möglichkeit des jederzeitigen Eingriffs über das allgemeine Bankgewerbe wirtschaftlich gerechtfertigt, oder eine gleich intensive Aufsicht wie über das Hypotheken-, Schiffsbank- und Versicherungsgewerbe den wirtschaftlichen Gegebenheiten eher angemessen ist.

---

1) SALZWEDEL Seite 209.

2) SCHÜLE Seite 93.

3) Vergleiche zur Frage des Umfanges der Eingriffsbefugnisse die Ausführungen zu § 4 Hypothekenbankgesetz und § 4 Schiffsbankgesetz oben Seite 19 und zu § 81 VAG oben Seite 20.

II) BEGRÜNDUNG FÜR EINEN VERGLEICH DER BANKENAUFSICHT MIT DER REALKREDIT- UND VERSICHERUNGSAUFSICHT

Ein Vergleich der Aufsicht über die Geschäftsbanken, die Realkreditinstitute und die Versicherungsunternehmen bietet sich aus folgenden Gründen an:

- Der überwiegende Teil der Gläubiger sämtlicher drei Gewerbezweige ist, von der Anzahl der Kunden - nicht vom Umfang der einzelnen Geschäfte her gesehen - der wirtschaftlich und rechtlich nicht ausreichend informierte Privatmann.

- Die Geschäftsbanken, Realkreditinstitute und Versicherungen sind die traditionellen Kapitalsammelstellen. Ihnen ist ein sehr großer Teil des Volksvermögens anvertraut. Sehr häufig besteht das wirtschaftende Kapital von Privatpersonen nur aus Bankguthaben, festverzinslichen Papieren oder Lebensversicherungsansprüchen.

- Die Art der Forderungen gegen die genannten Gewerbezweige ist gleich; es handelt sich ausschließlich um Geld-Forderungen. Allerdings sind die Fristigkeiten der Forderungen verschieden. Die allgemeinen Geschäftsbanken in der Form der Kredit-, Spar- oder Genossenschaftsbanken betreiben vorwiegend nur das kurzfristige Bankgeschäft wegen ihrer täglich fälligen oder kurzfristig kündbaren Einlagen. Demgegenüber widmen sich die Pfandbriefinstitute nahezu ausschließlich dem langfristigen Bankgeschäft. Da sie ihre Mittel auf vertraglicher Grundlage oftmals für die Dauer von vielen Jahren erhalten, vermögen sie diese ebenso langfristig anzulegen. Auch die Versicherungsgesellschaften, insbesondere die Lebensversicherungsgesellschaften, erhalten langfristig Mittel von den Versicherten. Sie sind insoweit sehr gut mit den Realkreditinstituten vergleichbar [1].

Angesichts der nahen Berührung des Kreditwesens mit dem Versicherungswesen ist es nicht erstaunlich, daß die Bankaufsichtsgesetzgebung in einer ganzen Anzahl von Punkten - soweit dies die Eigenart der beiden Wirtschaftszweige zuläßt - deutliche Parallelen zu der

---

1) So auch STEINERT Seite 65.

Versicherungsaufsichtsgesetzgebung aufweist und somit offensichtlich von dem auf dem benachbarten Wirtschaftsgebiet geschaffenen Aufsichtsmodell ausgegangen ist [1].

Ähnliche Parallelen lassen sich nicht zu anderen Wirtschaftsaufsichtsgesetzen, z.B. über das Güterkraftverkehrsgewerbe und das Personenbeförderungsgewerbe, ziehen. Auch eignet sich z.B. die im Börsengesetz und in der Gewerbeordnung festgesetzte Aufsicht nicht zu einem Vergleich mit der Aufsicht über das Kredit- und Versicherungsgewerbe, da dort andere wirtschaftliche Risiken zu überwachen sind. Deshalb soll die Aufsicht nach dem GüKG, dem PBefG, dem BörsenG und der GewO in den folgenden Überlegungen unberücksichtigt bleiben.

III) DIE ZIELE DER AUFSICHT ÜBER DIE KREDITINSTITUTE

Das KWG selbst gibt keinen direkten Hinweis auf das Ziel der Aufsicht. In § 1 Abs. I a.E. und in § 32 II wird nur von "der Berücksichtigung des mit diesem Gesetz verfolgten Aufsichtszweckes" gesprochen.

Die Regierungsbegründung zum KWG nennt zwei Ziele [2]. Einerseits sollen geordnete Verhaltnisse im Kreditgewerbe hergestellt und erhalten werden, um die Gesamtwirtschaft vor den Folgen von Funktionsstörungen im Kreditverkehr zu bewahren. Andererseits besteht ein Ziel gleichen Ranges darin, die Gläubiger der Kreditinstitute nach Möglichkeit vor Verlusten zu schützen, weil sonst das für die Arbeit des Kreditgewerbes lebenswichtige Vertrauen der Öffentlichkeit beeinträchtigt werden kann. Die Ziele der Bankenaufsicht lassen sich also mit den Begriffen "Gläubigerschutz" und "Wahrung der Funktionsfähigkeit des Kreditapparates" zusammenfassen [3].

Wenn es das Ziel der Bankenaufsicht ist, die Gläubiger der Kreditinstitute nach Möglichkeit vor Verlusten zu schützen, wäre dieses Ziel

---

1) STARKE, Neuregelung der Bankenaufsicht Seite 19.

2) Reg. Begr. zum KWG, Allgemeiner Teil Anm. II Nrn. 1 und 2.

3) So auch ZIMMERER - SCHÖNLE Einleitung Seite 23; BADING - HOLZER - WIRSCHING Einführung Seite 2; SCHREIHAGE Seite 215; BARLET - KARDING - FLEISCHMANN Anm. 1 zu § 4.

schon dann teilweise erreichbar, wenn sich die Aufsicht auf die Gefahrenabwehr beschränkte. Eine Maßnahme dürfte danach immer nur dann ergriffen werden, wenn eine konkrete Gefahr für die Erfüllung der Verbindlichkeiten vorläge [1]. Soweit die Mittel der Aufsicht nur der Gefahrenabwehr dienen, soll von der "Gefahrentheorie" als Mittel zur Erreichung des Zieles der Aufsicht gesprochen werden. Das Ziel der Aufsicht, die Gläubiger vor Verlusten zu schützen, kann aber vollständiger erreicht werden, wenn der Aufsichtsbehörde Mittel an die Hand gegeben werden, welche Präventivmaßnahmen gestatten. Stehen der Aufsicht solche Mittel zur Verfügung, soll von der "Schutztheorie" als dem Mittel zur Erreichung des Zieles der Aufsicht gesprochen werden. Soll hingegen die Allgemeinheit vor den Folgen von Funktionsstörungen in den zu vergleichenden Gewerbezweigen behütet werden, wird von der "sozialen Theorie" gesprochen [2].

Neben diesen von der Regierungsbegründung zum KWG genannten Zielen sollen die Gewerbezweige nach der von STARKE [3] entwickelten "Strukturtheorie" und nach einer hier so genannten "volkswirtschaftlichen Theorie" verglichen werden. Die Strukturtheorie erkennt den Zweck der Aufsicht als notwendige staatliche Korrektur von unausgeglichenen Märkten. Es ließe sich aber auch der Zweck der Aufsicht in einem zusätzlichen Mittel für die Wirtschaftspolitik des Staates sehen [4]; diese Ansicht soll unter dem Begriff der "volkswirtschaftlichen Theorie" erörtert werden.

---

1) SZAGUNN - NEUMANN 1. Aufl. Einleitung Seite 11 und BADING - HOLZER - WIRSCHING Anm. 1 zu § 6 führen aus, die Aufsicht diene nur der Gefahrenabwehr.

2) Diese Begriffe sind dem Lehrbuch "Die Versicherung" Bd. 3 Teil D III, bearbeitet von R. SCHMIDT, Seiten 7 ff entnommen.

3) In "Die Entwicklungslinien" Seiten 65 ff.

4) z.B. SCHMÖLDERS Seiten 237 f; STEINERT Seite 93.

1) Vergleich nach der Gefahrentheorie

Nach der Gefahrentheorie darf die Wirtschaftsaufsicht erst von dem Augenblick an Maßnahmen ergreifen, in welchem konkrete Gefahr besteht, daß die Kunden dieses Instituts ihre Ansprüche verlieren. Erkennbare, aber nur möglicherweise zu einem späteren Zeitpunkt eintretende Gefahren lösen noch keinen Tatbestand aus, nach welchem die Aufsichtsbehörden einschreiten dürfen, um durch Präventivmaßnahmen einer späteren Entwicklung vorzubeugen [1].

Eine konkrete Gefahr liegt dann vor, wenn ohne staatliche Eingriffe mit Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, daß das Unternehmen in absehbarer Zeit seinen Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann [2]. Sie kann z.B. darin liegen, daß ein Unternehmen illiquide wird, daß durch den Zusammenbruch eines Großkreditnehmers der Kredit an diesen nicht mehr realisierbar ist, daß eine Beteiligungsgesellschaft in Konkurs geht und dadurch das Kapital des Unternehmens als Reservepolster für mögliche andere Ausfälle vollkommen aufgezehrt wird. In allen diesen Fällen besteht konkret die Möglichkeit, daß die Gläubiger des Institutes zum mindesten einen Teil ihrer Forderungen verlieren. Aus diesen Gründen bedarf die Aufsicht vom Augenblick der konkreten Gefahr an weitestgehender Befugnisse, um den Schaden so gering wie möglich zu halten, oder ihn vielleicht sogar ganz abzuwehren. Die Aufsichtsinstanzen müssen die Möglichkeiten haben, der Geschäftsleitung Anweisungen zu erteilen, bestimmten Geschäftsleitern die Tätigkeit zu untersagen, oder Treuhänder zu bestellen. Die Aufsichtsbehörden müssen in der Lage sein, den Betrieb in quasi eigener Verantwortung zu führen.

Es ist unerheblich, um was für ein Unternehmen es sich dabei handelt. Die Ursachen einer akuten Gefahr für ein Unternehmen können so mannigfaltig und die erforderlichen Maßnahmen zu ihrer Behebung in jedem neuen Fall so verschiedenartig sein, daß es zum Schutz der Gläubiger des Unternehmens immer gerechtfertigt ist, bei einer konkreten Gefahr der Aufsichtsbehörde eine Generalbefugnis zur Ergreifung jeder notwendigen Maßnahme zu erteilen. Eine unterschiedliche Behandlung der Geschäftsbanken im Verhältnis zu den Hypotheken-Schiffspfandbriefbanken und Versicherungsunternehmen ist nach der

---

1) Vergl. STARKE, Die Entwicklungslinien... Seite 58.

2) SCHORK Anm. 19 zu § 35.

Gefahrentheorie deshalb nicht gerechtfertigt.

Dieses Ergebnis wird durch das Kreditwesengesetz bestätigt. Während die Generalbefugnisse nach § 4 HBG, § 4 SchiffsBG, § 81 VAG selbstverständlich auch im Falle einer konkreten Gefahr für die Gläubiger für Maßnahmen der Aufsichtsbehörden ausreichen, bestimmt § 46 S 1 KWG, daß das Bundesaufsichtsamt zur Abwendung einer Gefahr jede ihm sinnvoll erscheinende einstweilige Maßnahme treffen kann. Mithin hat das Bundesaufsichtsamt in diesen Fällen gegenüber den Geschäftsbanken dieselben Befugnisse wie die Aufsichtsinstanzen über die Hypotheken- und Schiffspfandbriefbanken und Versicherungsunternehmen.

Der Vorteil einer nach dieser Theorie ausgestalteten Aufsicht liegt darin, daß die beaufsichtigten Unternehmen eine sehr weitgehende wirtschaftliche Freiheit genießen. Erlaubt ist jedes Geschäft, solange nur kein so großer Verlust eintritt, daß die Gläubiger gefährdet werden. Die Ausgestaltung der Aufsicht gemäß der Gefahrentheorie entspricht der allgemeinen Polizeiaufsicht [1].

Für die Wirtschaftsaufsicht in der heutigen Wirtschaftsstruktur hat die Gefahrentheorie keine Bedeutung mehr. Gegen die Gefahrenabwehr als einzigem Gradmesser einer Aufsicht läßt sich folgendes vorbringen: Es muß gerade das Ziel der Aufsicht über Wirtschaftsunternehmen sein, nicht abzuwarten, bis eine wirkliche Krise eingetreten ist. Der allgemeine wirtschaftliche Schaden würde bei Vergeblichkeit eines durch die Notwendigkeit des Vorliegens einer "konkreten Gefahr" sehr spät bedingten Eingreifens unverhältnismäßig groß werden [2]. Die Aufsicht muß zum mindesten in bestimmten Situationen auch präventiv wirken können.

Aus diesen Gründen haben die Aufsichtsinstanzen über die Versicherungsunternehmen, Hypothekenbanken und Schiffspfandbriefbanken

---

1) Nach § 14 I prPVG darf die Polizei nur einschreiten, um "Gefahren abzuwehren"; nach Art. 2 S. 1 bayPAG hat die Polizei die Aufgabe, bei der Gefahrenabwehr mitzuwirken. Es muß sich hier immer um konkrete Gefahren handeln. (Vergleiche DREWS - WACKE Seite 56; SAMPER Anm. 28 zu Art. 2).

2) STARKE, Die Entwicklungslinien ... Seite 58.

durch die jeweiligen Aufsichtsgesetze eine Generalbefugnis zu Eingriffen erhalten, wenn ein Verstoß gegen die Gesetze, die Satzung und die sonst in verbindlicher Weise getroffenen Bestimmungen aufgedeckt worden ist. Eine konkrete Gefahr braucht nicht vorzuliegen. Es handelt sich also nicht um eine mehr oder weniger formale oder nur unter bestimmten begrenzten Gesichtspunkten eingreifende Aufsicht, sondern um eine über den Rahmen der allgemeinen Gewerbepolizei hinausgehende Dauerkontrolle, die den damit betrauten Fachbehörden die Mitverantwortung für die dauernde Erfüllbarkeit der Verträge auferlegt [1].

Auch das Kreditwesengesetz gesteht dem Bundesaufsichtsamt neben der Generalbefugnis im Falle konkreter Gefahren weitere Eingriffsbefugnisse zu [2].

2) Vergleich nach der Schutztheorie

Durch bereits vorbeugende Maßnahmen soll der einzelne Einleger, Versicherungsnehmer und Obligationär vor den Folgen einer falschen Geschäftspolitik eines Unternehmens geschützt werden. Aus diesen Gründen müssen die Aufsichtsbehörden Befugnisse haben, mit deren Hilfe sie in geschäftliche Entscheidungen bereits bei Abschluß der einzelnen Verträge eingreifen können. Die Kredithergabe an eine bestimmte Person oder der Ankauf einer Beteiligung müssen z. B. durch Weisungs- und Eingriffsbefugnisse rückgängig gemacht werden können. Der Eingriff muß dann erfolgen, wenn die Aufsichtsbehörde erkannt hat, daß das Geschäft für das Unternehmen zu risikoreich ist, nicht aber erst dann, wenn die Verlustgefahr sich deutlich abzeichnet. Die Schutztheorie muß also weitergehende Eingriffsbefugnisse der Aufsichtsbehörden verlangen als die Gefahrentheorie. In der Schutztheorie ist der Befugnisumfang, den die Gefahrentheorie zur Verwirklichung ihrer Ziele benötigt, zwangsläufig enthalten.

---

1) So BÜCHNER Seite 199 für die Aufsicht nach dem VAG.

2) Z. B. genügt für Maßnahmen nach § 45, daß das Eigenkapital und die Liquidität der Bank nicht angemessen ist. Gemäß § 36 II kann die Abberufung eines Geschäftsleiters verlangt werden, ohne daß eine konkrete Gefahr vorliegt oder der Geschäftsleiter generell unzuverlässig ist.

Grundsätzlich ist zur Schutztheorie zu erwähnen, daß nicht jeder Kunde einer Bank oder eines Versicherungsunternehmens Anspruch auf einen staatlichen Überwachungsschutz hat. Es steht jedermann frei, Geld nur unter der vertraglichen Bedingung auszuleihen, daß der Schuldner ausreichende Informationen über seine Lage gibt und die dem Gläubiger angemessen erscheinenden Sicherheitsvoraussetzungen erfüllt. Deshalb bedarf die große Einzeltransaktion keines besonderen Schutzes [1]. In fast allen Fällen kann aber der einzelne Einleger, Versicherungsnehmer oder Käufer von Pfandbriefen die Bonität seiner Schuldner, der Banken und Versicherungen, nicht selbst überprüfen. Normalerweise ist er zu ungeschult, um aus einer Bilanz nebst Erläuterungen Schlüsse über die Bonität ziehen zu können - wenn er überhaupt die Bilanz zu sehen bekommt. Außerdem ist das Geschäft, das er der Bank oder dem Versicherungsunternehmen bringt, im Verhältnis zum Geschäftsvolumen des Unternehmens so gering, daß seine Forderung nach ausreichender Information über die geschäftliche Lage nicht durchdringen wird. Dadurch, daß heute praktisch jedermann eine Versicherung abgeschlossen hat und ein Bankkonto besitzt, ist es im Interesse des Publikums geboten, an dessen Stelle und damit zu dessen Schutz die Massengeschäfte zu überwachen. Schutzbedürftige Bevölkerungskreise würden anderenfalls zu stark der Gefahr ausgesetzt, bei dem Ruin eines Unternehmens ihre wirtschaftliche Grundlage zu verlieren, da sie ihre Ersparnisse oder liquiden Mittel ohne ausreichende Informationsmöglichkeiten den Versicherungs- und Bankinstituten anvertraut haben. Die wirtschaftliche Freiheit der Unternehmen muß deshalb eingeschränkt werden [2].

Die Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit der Banken und Versicherungsunternehmen bezieht sich auf bestimmte Bereiche, in denen der Kunde als Gläubiger dieser Institute geschützt werden muß. Es handelt sich im wesentlichen um folgende, für die Einlagen des Kunden möglicherweise gefährlichen besonderen Risiken bei den zu überwachenden Gewerbezweigen:

---

1) STÜTZEL Seite 30.

2) BULLINGER Seite 317; CLAREN Seite 31; SZAGUNN - VOIGT Seite 17.

- Die Unternehmen arbeiten mit sehr geringen eigenen Mitteln [1];
  ihre Nettohaftungsreservenquote liegt zum Teil unter 1% der Bilanzsumme.
- Die oligopolistische Struktur des Bank- und Versicherungsgewerbes führt leicht zu Vereinbarungen oder Auseinandersetzungen zu Lasten der Kunden [2].
- Die Verträge, insbesondere die Versicherungsbedingungen, sind sehr kompliziert ausgestaltet [3].
- Die Laufzeit der Verträge mit den Gläubigern kann sich über mehrere Jahrzehnte erstrecken [4].
- Fehlkalkulationen können große Verluste bringen.
- Das spekulative Element des Aktivgeschäftes muß in vertretbaren Grenzen gehalten werden [5].

Neben der Überwachung dieser speziellen Risiken muß zum Schutz des Kunden zusätzlich die Redlichkeit und Zuverlässigkeit der Geschäftsführung der Unternehmen kontrolliert werden.

Bedarf nun der Einleger einer Geschäftsbank eines geringeren Schutzes als ein Versicherungsnehmer oder der Käufer einer Obligation? Ist m. a. W. das Verlustrisiko für den Gläubiger einer Geschäftsbank geringer als für den Gläubiger eines Realkreditinstitutes oder eines Versicherungsunternehmens? - Die Antwort ergibt sich aus einem Vergleich der Intensität der einzelnen Risiken in den untersuchten Gewerbezweigen.

a) Schutz auf Grund niedriger Nettohaftungsreserven

Eine niedrige Nettohaftungsreservenquote birgt für die Gläubiger erhebliche Gefahren in sich. Bereits ein im Verhältnis zur Bilanzsumme prozentual geringer Ausfall von Aktiven kann zum Verlust sämtlicher eigener Mittel führen. Hierdurch entsteht latent die Gefahr für die Einleger (= Gläubiger), bei einem erneuten, und sei es auch nur ganz geringen Ausfall weiterer Vermögenswerte des Unternehmens ihr Geld zu verlieren.

1) STÜTZEL Seite 31.
2) MAHR Seite 383.
3) BOSS Seite 16.
4) BOSS Seite 16.
5) MAHR Seite 384; BOSS Seite 16.

Bei den Geschäftsbanken wird ein Eigenkapitalanteil von etwa 5% der Bilanzsumme als angemessen angesehen. 24 Geschäftsbanken in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft hatten im Verhältnis zu ihrer Bilanzsumme per ultimo 1965 einen Eigenkapitalanteil zwischen 3,8% und 7% [1]. Nur 4 Banken hatten einen Anteil zwischen 3,8% und 4,3%; bei 14 Banken lag der Anteil an eigenen Mitteln zwischen 4,5% und 5,5%. In dieser Gruppe befanden sich auch die drei Großbanken [2]. Die Privatbankiers arbeiten meistens mit einem größeren Anteil an eigenen Mitteln, keinesfalls aber mit weniger als 5% der Bilanzsumme. Diese Quote als Reserve für Ausfälle im Aktivgeschäft erscheint sehr gering.

Die Hypothekenbanken aber arbeiten mit noch weniger Eigenkapital als die Geschäftsbanken. Bei 16 Hypothekenbanken lag der Eigenkapitalanteil ultimo 1965 zwischen 2,1% und 3,8% der Bilanzsumme [3]. 12 dieser Banken hatten eigene Mittel zwischen 3% und 3,6% der Bilanzsumme. Die beiden bayerischen gemischten Banken legen bei 4,1% [4] bzw. 4,0% [5].

Bei 8 Feuer-Versicherungen und 16 Allgemeinen Versicherungen, welche in Form von Aktiengesellschaften betrieben werden, lag der Kapitalanteil zwischen 10% und 23% der Bilanzsumme am 31.12. 1965 [6]. 20 Lebensversicherungen aber, welche ultimo 1965 einen Lebensversicherungsbestand von zusammen DM 58,6 Mrd hatten, kamen mit eigenen Mitteln zwischen 0,6% und 2% der Bilanzsumme aus. Die Allianz-Lebensversicherungs A.G., Stuttgart, die größte Lebensversicherung Deutschlands mit einem Versicherungsbestand von DM 19,3 Mrd, hatte bei einem Bilanzvolumen von DM 4,7 Mrd nur

---

1) Errechnet aus den im Wegweiser durch deutsche Aktiengesellschaften auf Seiten 633 - 682 abgedruckten Bilanzen.

2) Deutsche Bank : 5,3%; Dresdner Bank : 5,4%; Commerzbank : 5,0%.

3) Errechnet aus den im Wegweiser durch deutsche Aktiengesellschaften auf Seiten 633 - 682 abgedruckten Bilanzen.

4) Bayerische Hypotheken- und Wechsel-Bank.

5) Bayerische Vereinsbank.

6) Vergleiche für sämtliche Werte die Bilanzen der Versicherungen Seiten 683 - 747 des Wegweisers durch deutsche Aktiengesellschaften.

DM 27,2 Mio eigene Mittel; diese Ziffern entsprechen einem Kapitalanteil von 0,58% an der Bilanzsumme.

Ließe man die Sachversicherungen außer Betracht, würden die Geschäftsbanken im Verhältnis zu den anderen untersuchten Gewerbezweigen mit dem höchsten Eigenkapitalanteil arbeiten.

b) Schutz auf Grund der oligopolistischen Struktur

Die oligopolistische Struktur eines Gewerbezweiges birgt latent die Gefahr für den Kunden dieser Unternehmensgruppe in sich, daß zu seinen Lasten wirtschaftlich nicht gerechtfertigte Vereinbarungen getroffen werden [1].

Am ausgeprägtesten im Vergleich der hier zu untersuchenden Wirtschaftszweige ist die oligopolistische Struktur des Hypothekenbankgewerbes und des Schiffsbankgewerbes. Dieses beruht auf § 2 HBG und § 2 SchiffsBG, nach welchen Hypotheken- und Schiffspfandbriefbanken nur in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft oder KGaA mit einem Mindestnennkapital von DM 8 Mio betrieben werden dürfen. Der Wegweiser durch deutsche Aktiengesellschaften [2] erwähnt 1966 nur insgesamt 18 Hypotheken- und Schiffspfandbriefbanken [3]. BARLET - KARDING - FLEISCHMANN nennen per 31. 12. 1962 insgesamt 25 private Hypothekenbanken [4].

Das Versicherungsgewerbe und das allgemeine Bankgewerbe weisen in ihrer Struktur deutliche Parallelen auf: Hier wie dort stehen einer beschränkten Anzahl von Großunternehmen mit rein kommerziellem Betrieb eine Fülle von Kleinunternehmen auf genossenschaftlicher Basis gegenüber, hier repräsentiert durch die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, dort durch die Kreditgenossenschaften. Einer Gesamtzahl von rund 9. 000 aufsichtspflichtigen Versicherungsunternehmen

---

1) Hierauf weist MAHR Seite 383 für das Versicherungsgewerbe besonders hin.

2) Seiten 633 - 682.

3) Hinzu kommt allerdings noch eine unbestimmte Anzahl von nicht an der Börse notierten Schiffspfandbriefbanken.

4) Anhang 12, Seiten 331 f.

stehen rund 13.000 aufsichtspflichtige Kreditinstitute gegenüber [1].

Ein Unterschied zwischen den beiden Gewerbezweigen liegt aber darin, daß im Kreditwesen anders als im Versicherungswesen auch Einzelkaufleute und Gesellschaften des HGB zugelassen sind. Gerade durch das Vorhandensein der Privatbankiers aber ist der Markt für den nicht genossenschaftlich organisierten Kunden aufgefächert. Zwar kann der einzelne die Bonität der Privatbanken in den seltensten Fällen beurteilen, da diese Gruppe von Banken keine Bilanzen zu veröffentlichen braucht. Die Privatbanken sind aber von allen Unternehmensformen innerhalb des allgemeinen Bankgewerbes am beweglichsten. Sie können den Kunden individuell beraten, ihm bei der Frage der Kredit- oder Dienstleistungskonditionen im Einzelfall entgegenkommen. Sie spüren Marktlücken am leichtesten auf und können Chancen neuer Entwicklungen als erste wahrnehmen.

Allerdings muß beachtet werden, daß die drei Großbanken und deren Berliner Tochterinstitute einen erheblichen Marktanteil auf sich vereinigen. Im Mai 1967 meldeten 3.701 Kreditinstitute aller Bankengruppen 269 Mrd Einlagen [2]. Hiervon entfielen 40 Mrd auf die drei Großbanken. Von 341 Kreditbanken wurden zum gleichen Stichtag 78,2 Mrd Einlagen gehalten. Der Anteil der Großbanken lag also im Rahmen der Kreditbanken bei über 50% der Einlagen. Haben damit die Großbanken ein Teiloligopol im Rahmen des Marktes der Kreditbanken? - Ein Teiloligopol liegt vor, wenn die großen Anbieter zwar nicht die Preisherrschaft, aber immerhin die Preisführerschaft besitzen. Die Oligopolisten setzen die Preise fest und die Kleinen sind gezwungen, die Preise der Großen nicht zu unterbieten, weil anderenfalls die Großen in einen für die Kleinen ruinösen Preiskampf eintreten würden.

Die Großbanken sind in ihren Konditionen auf Grund des Massengeschäftes relativ starr, da sie kaum mehr in der Lage sind, jeden einzelnen Kunden individuell zu bedienen. Der Privatbankier kann auf Grund seines individuell angelegten Geschäftes sehr viel eher in den Konditionen z.B. des Kreditgeschäftes, des Effektengeschäftes oder des

---

1) Entnommen aus STARKE, Neuregelung der Bankenaufsicht .... Seite 20.

2) Vergl. im einzelnen stat. Teil der Monatsberichte der Deutschen Bundesbank, Abt. III KI'e,B, Zwischenbilanzen.

Devisengeschäftes nachgeben, ohne hierbei einen generellen Preiskampf mit den Großbanken ausfechten zu wollen oder zu müssen. Andererseits sind die Großbanken auf Grund ihrer Kapitalkraft in der Lage, Geschäfte an sich zu ziehen, die den Rahmen der Privatbankiers sprengen. Hierdurch haben sie bei der Finanzierung großer Objekte einen entscheidenden Vorsprung. Insoweit haben die Großbanken eine Stellung als Teiloligopolisten erlangt.

Dennoch ist auf dem Markt des Kreditgewerbes durch die Existenz der Privatbankiers die Konkurrenzsituation günstiger als im Versicherungsgewerbe. Die privaten Geschäftsbanken sollte man deshalb insoweit von einer zu strengen Aufsicht freihalten.

c) Schutz der Gläubiger bei Ausgestaltung der Verträge

Der Schutz des Kunden durch die staatliche Aufsicht wäre unvollständig, wenn nicht überwacht würde, zu welchen Bedingungen die Institute das ihnen anvertraute Geld hereinnehmen. Der einzelne muß vor Verträgen bewahrt werden, welche den Unternehmungen ungerechtfertigte Vorteile bringen.

Diese Gefahr ist besonders bei Abschluß von Versicherungsverträgen gegeben. Durch Verfallklauseln, Risikoausschlußklauseln und komplizierte Versicherungsbedingungen kann eine Versicherung den erwünschten Schutz praktisch illusorisch werden lassen. Nur dem speziell Geschulten ist es möglich, den Umfang seines Versicherungsschutzes zu erkennen [1]. Hinzu kommt, daß der Gläubiger grundsätzlich keinen Anspruch auf Rückzahlung der eingezahlten Beträge hat. Ihm erwächst erst ein fälliger Anspruch im Schadensfall bei einer Kasko- oder Haftpflichtversicherung oder am Stichtag der Fälligkeit einer Lebensversicherung [2].

Ganz anders liegen die Verhältnisse im Realkreditgewerbe. Der Käufer eines Pfandbriefes kann sofort Verzinsung, Fälligkeit der Zinsen, Fälligkeit des Kapitals dieses Papiers erkennen und kann sich ohne irgendwelche Kenntnisse von wirtschaftlichen und rechtlichen Pro-

1) Hierauf weist BOSS Seite 16 hin.
2) Eine Ausnahme stellt allerdings das Rückkaufsrecht einer Lebensversicherung dar.

blemen ein Urteil bilden, ob die Anlage für ihn lukrativ ist oder nicht.

Schließlich hat der Kreditor einer Geschäftsbank von der Ausgestaltung des Vertrages her keine Risiken zu befürchten. Der Wert seines Kontoguthabens entspricht dem Wert des vorher bar vorhandenen Geldes und kann jederzeit in dieses unter den einfachsten formellen Bedingungen umgewandelt werden. Erwähnt sei, daß gemäß § 3 Nr. 3 KWG der Betrieb des Einlagengeschäftes verboten ist, wenn es durch Vereinbarung oder geschäftliche Gepflogenheit ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist, über den Kreditbetrag oder die Einlagen durch Barabhebung zu verfügen. Diese Vorschrift entspricht der allgemein gültigen Ansicht von einem Bankkonto, das dem einzelnen jederzeit die Möglichkeit geben soll, sein Buchgeld in Bargeld zu verwandeln.

Von der Ausgestaltung der Verträge her gesehen bedarf der Gläubiger einer Geschäftsbank im Vergleich zum Versicherungsgewerbe und zum Realkreditgewerbe am wenigsten des staatlichen Schutzes.

d) Schutz auf Grund der Fristigkeit der Verträge

Zum Schutz des Kunden muß die Aufsicht über den Gewerbezweig am intensivsten sein, in dem der einzelne seine Mittel auf vertraglicher Basis langfristig anlegt [1]. Insbesondere gilt dieses bei Verträgen, mit denen sich der Kunde verpflichtet, seine zukünftigen Ersparnisse regelmäßig einzubezahlen.

Die mit den Geschäftsbanken abgeschlossenen Giroverträge sind jederzeit kündbar. Dieses ergibt sich aus Ziffer 17 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken. Auch die Sparverträge, soweit das einzelne Konto weniger als DM 1.000.- ausmacht, sind vom Kunden jederzeit kündbar, sofern nicht Kündigungsfristen vereinbart worden sind. Die Sparkonten unter DM 1.000.- machen ziffernmäßig den bedeutendsten Teil sämtlicher Sparkonten aus. Mithin bedarf der Kunde einer Geschäftsbank im Hinblick auf die Fristigkeit der Verträge keines besonderen staatlichen Schutzes.

Anders liegen die Verhältnisse bei den Hypotheken- und Schiffspfandbriefbanken. Ihre wesentlichste Finanzierungsquelle ist der Erlös aus

1) BOSS Seite 16.

dem Verkauf von Schuldverschreibungen. Verbindlichkeiten aus Schuldverschreibungen betragen im Mindestfall 85% der Passiva eines Realkreditinstituts [1]. Die Rückzahlungstermine der einzelnen Ausgabeserien sind zwar genau bestimmt, der Käufer einer Obligation hat vor Fälligkeit aber keine Möglichkeit, von dem ausgebenden Unternehmen den gezahlten Betrag zurückzuverlangen. Er kann zwar, wenn er seine Forderung liquidieren will, die Obligation an der Börse wieder veräußern; er erzielt aber nur den Preis, den ein Käufer zu zahlen bereit ist. Dieser Preis kann erheblich unter dem Nominalwert liegen, wie gerade die Börsenentwicklung im ersten Halbjahr 1967 gezeigt hat.

Im Versicherungsgeschäft ist zwischen Sach- und Lebensversicherung zu unterscheiden. Im Sachversicherungsgeschäft sind die Verträge grundsätzlich zum Schluß einer Versicherungsperiode kündbar - immerhin eine Zeit, welche über die Kündigungszeit auch befristeter Einlagen bei einer Geschäftsbank erheblich hinausgehen kann. Die Lebensversicherungsverträge aber werden über Jahrzehnte geschlossen und sind aus diesem Grunde noch strenger zu überwachen als die Hypothekenbankgeschäfte. Der Kunde ist nicht nur einen einmaligen Betrag zu leisten verpflichtet, sondern muß die Laufzeit des Vertrages hindurch bis zum Stichtag monatliche Raten erbringen.

Von der Fristigkeit der Verträge her gesehen ist eine schwächere staatliche Aufsicht über die Geschäftsbanken als über die Realkreditinstitute und die Versicherungen zu rechtfertigen.

e) Schutz gegen eventuelle fehlerhafte Kalkulationen der Unternehmen

Eine staatliche Überwachung der Kalkulationen ist zum Schutz der Kunden dann erforderlich, wenn eine betriebs- und volkswirtschaftliche Rechnung notwendig ist, um eine Aussage über die Höhe der Verbindlichkeiten machen zu können. Liegen in einem solchen Falle Fehler in der Kalkulation vor, ist der Anspruch des Gläubigers gefährdet, da seine Forderung nur zum Teil oder überhaupt nicht berücksichtigt ist.

---

1) Vergl. die im Wegweiser durch deutsche Aktiengesellschaften abgedruckten Bilanzen, Seiten 633-682.

Die Verbindlichkeiten gegenüber den Kunden einer Bank, sei es Hypothekenbank oder Geschäftsbank, sind exakt bewertbar. Höhe der Forderungen des einzelnen Kunden und Fälligkeit der einzelnen Beträge stehen zu jedem Zeitpunkt fest. Kalkulation im Bankbetrieb zwecks Feststellung der Höhe der Verbindlichkeiten gegenüber dem Kundenkreis ist nicht möglich. Die Kalkulation beschränkt sich auf die Zinsmarge und die für Dienstleistungen zu fordernden Provisionen, aus welchen beiden Ertragsquellen der Aufwand finanziert werden muß.

Ganz anders verhält es sich mit den Verbindlichkeiten eines Versicherungsunternehmens gegenüber seinen Kunden. Die Passivseite der Bilanz eines Versicherungsunternehmens besteht zu 70 bis 85% der Bilanzsumme aus Rückstellungen. Rückstellungen dienen dem Ausweis von Aufwand, der noch nicht zu Ausgaben geworden ist, und von dem es noch ungewiß ist, wem gegenüber, wann und in welcher Höhe er entstehen wird [1]. Der Versicherungsbetrieb beruht auf dem in der Masse mit einigermaßen bekannten Schwankungsbreiten vorhersehbaren Versicherungsrisiko [2]. Die Kalkulationsgrundlagen sind wegen der Übernahme einer Vielzahl ungewisser Risiken unsicher [3], der Schadensverlauf ist unbekannt. Die Risiken müssen durch Bildung genügend hoher Rückstellungen abgedeckt werden. Die staatliche Aufsicht muß im Interesse des einzelnen die Bildung ausreichender Rückstellungen überwachen.

Es ergibt sich, daß eine Überwachung der Kalkulationen nur im Versicherungsgewerbe erforderlich ist. Insoweit muß die staatliche Aufsicht hier weiter gehen als im allgemeinen Bankgewerbe und im Realkreditgewerbe.

f) Schutz gegen mögliche Gefahren im Aktivgeschäft

Zum Schutz des Kunden bedarf es einer Überwachung der wesentlichsten Aktivgeschäfte der zu beaufsichtigenden Unternehmen. Die mehr oder weniger sichere Anlage der Gelder der Kunden entscheidet darüber, ob das Vertrauen in die Bank oder das Versicherungsunternehmen gerechtfertigt ist.

---

1) HEINEN Seite 188.

2) MAHR Seite 384.

3) BWM (I B 5 - 2632/55 v. 17.3.1955) = WuW 1956/558.

Der wesentlichste Unterschied zwischen dem Aktivgeschäft der Geschäftsbanken einerseits und dem Aktivgeschäft der Realkreditinstitute und Versicherungen andererseits ist die Tatsache, daß die Geschäftsbanken weitgehend auf dem Geldmarkt tätig sind, während die Versicherungen und Hypothekenbanken entscheidende Funktionen auf dem Kapitalmarkt innehaben. Der Unterschied zwischen Kapital- und Geldmarkt kann mit MELLEROWICZ [1] von der Organisation her gefunden werden. Besondere Merkmale des Geldmarktes sind: Kurzfristigkeit der Kredite, Elastizität des Zinses und des gesamten Kreditvolumens. Hinzu kommt die Tatsache, daß zwischen Schuldner und Gläubiger relativ lockere Bindungen bestehen, da die Sicherheit des Schuldners durch die Kurzfristigkeit des Kredites besser zu übersehen ist und der Gläubiger vor allem ein Zinsinteresse hat [2].

Auf dem Kapitalmarkt hingegen werden langfristige Kredite zu festen Zinssätzen hinausgelegt, das Kreditvolumen kann nur über längere Zeiträume hinweg vergrößert oder verkleinert werden [3]. Der Gläubiger (hier Hypothekenbank oder Versicherung) will in erster Linie eine auf lange Sicht sichere Anlage seines Vermögens; ein lukrativer Zins ist nur eine weitere Voraussetzung für die Hingabe des Geldes.

Aus diesen Überlegungen ließe sich folgern, daß eine Beaufsichtigung der Geschäftsbanken hinsichtlich ihrer Anlagepolitik nicht so streng zu sein braucht wie bei den Instituten, welche Kapitalmarktanlagen tätigen. Gegen dieses Ergebnis würde allerdings die Tatsache sprechen, daß gerade die Zusammenbrüche der Geschäftsbanken vorwiegend auf einer falschen Kreditpolitik beruhten. Bei dem Kampf um den Kunden bleibt es nicht aus, daß schwächere Kreditinstitute auch dann Kredite geben, wenn diese vielleicht nicht mehr innerhalb der Marge der üblichen Sicherheit liegen. Der Kredit wird dann trotz des erhöhten Risikos erweitert [4]. Auch kann eine Gefahr dadurch entstehen, daß an Unternehmen, welche den Kapitalmarkt nicht in Anspruch nehmen können, sei es, daß sie bonitätsmäßig den Anforderungen nicht entsprechen, sei es, daß der Markt nicht aufnahmefähig ist, kurzfristige Kredite zur Überbrückung der Finanzierungslücken verauslagt werden, und diese Gelder dann in Anlagewerte fließen. Fraglich

---

1) Seite 12; vergl. auch CLAREN Seite 25.
2) MELLEROWICZ Seite 13.
3) MELLEROWICZ Seiten 16 bis 18.
4) GNAM, Kreditinstitute im Wettbewerb, Seite 583.

ist aber, ob eine bessere Sicherung der Kredite zum Schutz des Kunden herbeigeführt werden könnte, wenn dem Bundesaufsichtsamt eine Generalbefugnis zur jederzeitigen Durchsetzung aller Vorschriften des KWG gegeben würde.

aa) Das Aktivgeschäft der Geschäftsbanken

Der überwiegende Teil der Vorschriften, welche nach der hier vertretenen Auffassung nicht jederzeit, d.h. ohne Hinzutreten zusätzlicher Voraussetzungen, vom Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen durchgesetzt werden können, behandelt das Kreditgeschäft der Banken [1], den "Kern des Bankgeschäftes". Das Kreditgeschäft der Institute wird durch diese Vorschriften nach formalen Gesichtspunkten festgelegt: Großkredite sollen zusammen nicht mehr als die Hälfte des Betrages aller Kredite des Kreditinstitutes ausmachen (§ 13 III); der einzelne Großkredit soll das haftende Eigenkapital des Kreditinstitutes nicht übersteigen (§ 13 IV); Großkredite dürfen nur auf Grund eines einstimmigen Beschlusses sämtlicher Geschäftsleiter gewährt werden (§ 13 II 1); der Bankier muß sich vor der Kreditgewährung die Bilanzen seiner Schuldner vorlegen lassen (§ 18).

Diese vom Gesetz festgelegten Bilanzrelationen, Beschlußfassungs- und Offenlegungspflichten bleiben innerhalb einer quantitativen Betrachtung und Behandlung des Bankkredites. Entscheidend für die Güte des Kredites sind aber die Bonität des Kreditnehmers, die Qualität seiner Unternehmung, seiner Geschäfte, seiner Produktion, die Qualität des einzelnen finanzierten Geschäftes, die Zukunftsaussichten des Betriebes und der gesamten Branche. Dieses alles ist in Zahlen nicht auszudrücken, obwohl bestimmte Zahlen und Zahlenverhältnisse als allgemeine Orientierungsmittel und Signale ihren Wert haben mögen [2].

Die Beurteilung eines Kreditsuchenden ist die ureigene Entscheidung des Bankiers, die mit Hilfe formaler Vorschriften nicht überwacht werden kann. Es gehört zu den selbstverständlichen Pflichten des Bankiers, sein Kreditrisiko günstig zu verteilen und sich mit Hilfe angeforderter Unterlagen über die Bonität seiner Kreditnehmer zu infor-

---

1) z.B. § 13 III und IV, § 13 II 1, § 15 I und II, § 15 IV 1, § 18 KWG.

2) So LINHARDT, Kritik ... Seite 162.

mieren. Es wäre aber eine Verkennung der Aufgaben eines Bankiers, wollte man ihn lediglich auf den Zahlenmechanismus und seine Deutung verweisen und die vielen sonstigen Gedanken- und Gefühlskomplexe ausschalten, die zum Wesen des Kreditgeschäftes gehören; sachliche und menschliche Gesichtspunkte in Fülle, vom Wissen um Brancheneigentümlichkeiten und gesamtwirtschaftliche Zusammenhänge bis zur Menschenkenntnis, zum verhandlungstaktischen Geschick. Es kann im Kreditgeschäft Situationen und Konstellationen geben, bei denen dem Bankier so gut wie nichts an dieser oder jener Zahl aus der Bilanz eines Schuldners zu liegen braucht [1]. Diese Eigentümlichkeiten des Kreditgeschäftes sind nicht durch formale Vorschriften gesetzlich festlegbar [2]. Die Schaffung von Ersatzkriterien wie Höhe des Kredites, vorherige Bilanzvorlage fördert nicht den Einlegerschutz, da diese Ersatzkriterien die Bonität des Kredites nicht berühren [3]. Trotz Verletzung der formalen Vorschriften kann eine Bank fundierter sein als ein anderes Kreditinstitut, welches zwar die Vorschriften der Abs. III und IV des § 13 und des § 18 z.B. genauestens einhält, trotzdem aber nur Kreditnehmer mit mäßiger Bonität vorzuweisen hat.

Zum Schutz der Einleger auf Grund der Gefahren im Kreditgeschäft der Banken eignet sich am besten eine genaue Kreditprüfung. Dazu bedarf es genauer Anweisungen und Richtlinien des Bankprüfers, die ihm sagen, worauf er zu achten, in welcher Richtung er zu prüfen hat. Diese Richtlinien müssen laufend konjunkturpolitisch erarbeitet und auf die empfindlichen Stellen der Kreditwirtschaft gerichtet werden [4]. Die Möglichkeit einer detaillierten Kreditprüfung aber hat das Bundesaufsichtsamt auf Grund der Befugnis des § 44 Nr. 1.

---

1) MUTHESIUS Seite 63.

2) Anders ist es zu beurteilen, wenn der Bankier die Bonitätskontrolle vernachlässigt und im Kreditgebaren die geschäftlich noch vertretbaren Grenzen überschreitet. Hier muß das Bundesaufsichtsamt einschreiten; die rechtlichen Möglichkeiten sind ihm an die Hand gegeben. Vergleiche zu dieser Frage unter dem 3. Kapitel, Seiten 93 ff.

3) LINHARDT, Kritik ... Seite 162; STÜTZEL Seite 35.

4) LINHARDT, Kritik ... Seiten 148/149.

bb) Das Aktivgeschäft der Realkreditinstitute

Anders liegen die Verhältnisse bei der Überwachung des Aktivgeschäftes der Hypotheken- und Schiffspfandbriefbanken. Die Kredithergabe einer Hypothekenbank erfolgt langfristig entweder durch die Gewährung von Hypotheken oder von Kommunaldarlehen bzw. kommunalverbürgten Darlehen.

Bei Anlage in Kommunaldarlehen durch die Hypothekenbanken bedarf der Gläubiger keines Schutzes durch die Aufsichtsbehörde. Die Kommunen haben gegenüber ihren Einwohnern Steuerhoheit, so daß ein Kredit an sie immer eines Tages realisiert werden kann. Das HBG beschäftigt sich auch praktisch nicht mit dem Kommunaldarlehensgeschäft der Hypothekenbanken, außer daß die Geschäfte gemäß § 5 I Nr. 1 HBG erlaubt sind.

Hingegen wird das Hypothekengeschäft der laufenden Geschäftsführungsaufsicht mit der Möglichkeit des Eingriffs in eine einzelne Kreditgewährung überwacht. Diese, gegenüber den Geschäftsbanken erweiterte Aufsicht ist wirtschaftlich gerechtfertigt. Bei der Hingabe eines Hypothekendarlehens handelt es sich primär um eine Objektfinanzierung; die Bonität des Schuldners ist praktisch unerheblich. Die unternehmerische Entscheidung kann deshalb mit Hilfe quantitativer Maßstäbe gefällt werden; wenn die Hypothek innerhalb der ersten drei Fünftel des Beleihungswertes des Grundstückes (§§ 12, 14 II HBG) liegt, ist sie sicher, (§ 11 II HBG). Ist diese Voraussetzung z. B. nicht erfüllt, ist es zum Schutz der Pfandbriefinhaber gerechtfertigt, die Kredithergabe rückgängig zu machen [1].

Dadurch, daß das Aktivgeschäft der Hypothekenbanken primär mit Hilfe von Zahlen bewertet werden kann, ist eine laufende Überwachung der Geschäfte durch eine staatliche Behörde sinnvoll.

---

1) Vergleiche zur Frage der exakten Bewertung der Grundstücke z.B. MELLEROWICZ Seite 94.

cc) Das Aktivgeschäft der Versicherungen

Das vorhersehbare Risiko des Versicherungsbetriebes ergibt sich aus der Masse der abgeschlossenen Versicherungen mit etwa bekannten Schwankungsbreiten. Aus diesem Grunde müssen Gefahren im Aktivgeschäft so weit wie irgend möglich ausgeschlossen werden, um nicht noch ein zusätzliches unvorhersehbares Risiko in den Versicherungsbetrieb hineinzutragen [1]. Bei der Anlage des Vermögens müssen deshalb die allgemeinen Grundsätze einer möglichst großen Sicherheit, Liquidität und Rentabilität unter Berücksichtigung einer angemessenen Mischung und Streuung beachtet werden.

Soweit es sich um zum Deckungsstock gehörende Vermögensteile handelt, bestimmen die §§ 68 und 69 VAG genau, welche Anlagen zugelassen sind. Die nicht zum Deckungsstock gehörenden Vermögensteile und das Vermögen in der Sachversicherung unterliegen zwar nicht den Anlagebestimmungen der §§ 68 und 69 VAG, das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen hat jedoch [2] auch für diesen Teil des Aktivvermögens genaue Richtlinien erlassen. Diese Richtlinien geben eingehende, an § 68 VAG angelehnte Bestimmungen für die Anlage des Vermögens [3].

§ 68 VAG bewertet, ähnlich wie das Hypothekenbankgesetz, den Wert der Anlage nach objektiven Kriterien, wie Beleihungsfähigkeit von Papieren bei der Bundesbank, Steuerhoheit des Schuldners oder des Bürgen, sichere Hypothekendeckung und ähnliche Voraussetzungen, welche objektiv nachprüfbar sind. Damit ist z. B. die Finanzierung von Wirtschaftsbetrieben als zu risikoreich grundsätzlich ein versicherungsfremdes Geschäft [4]. Wenn dennoch Industriedarlehen zulässig sind, dann nur durch Erwerb von Schuldverschreibungen oder durch Gewährung von Schuldscheindarlehen [5]. Diese Schuldverschreibungen oder Schuldscheindarlehen müssen zusätzlich dinglich erststellig gesichert sein. Die Belastung darf 30% des Taxwertes der belasteten Grundstücke, Gebäude, Bestandteile und des Zubehörs nicht überstei-

---

1) MAHR Seite 384; vergl. auch STARKE, Die Entwicklungslinien ... Seite 64.
2) im Rundschreiben R 15/58 vom 20. 12. 1958 = VerBAV 59/1.
3) PRÖLSS Vorbem. 2 vor § 68.
4) MAHR Seite 384; PETERSEN Seiten 361/362.
5) PRÖLSS Anm. 3 m zu § 68 VAG.

gen [1]. Es wird zwar zusätzlich verlangt, daß die Schuldner, wenn die Kredite nicht an öffentlich-rechtliche Körperschaften gegeben werden oder von diesen verbürgt sind, "kreditwürdig" sind [2]; diese Voraussetzung tritt aber nur subsidiär neben die dingliche Sicherung des Kredites.

Dadurch, daß die Voraussetzungen für einen "sicheren" Kredit auf Grund der gesetzlich verlangten Sicherheiten nachprüfbar sind, ist eine laufende Aufsicht durch das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen über die Anlagepolitik der Unternehmen wirtschaftlich gerechtfertigt. Die Bewertung der Aktiva kann durch objektive Maßstäbe erfolgen ohne Berücksichtigung der volkswirtschaftlichen Entwicklung, der Stellung und der Zukunftsaussichten eines Kreditnehmers in der Volkswirtschaft, der Absatzchancen der Produkte, der politischen Risiken im Exportgeschäft und anderer schwer überschaubarer Kriterien.

g) Schutz gegen unlautere Geschäftsmethoden

GNAM [3] und WEBER [4] sehen den Kern der Aufsicht im Interesse des einzelnen in der Überwachung der Verläßlichkeit und Redlichkeit der Geschäftsführung. Zwischen Erlaubnis und Untersagung lägen eine Reihe von Eingriffsmöglichkeiten, die letzten Endes immer wieder darauf abzielten festzustellen, ob und inwieweit die Voraussetzungen der Erlaubniserteilung noch vorliegen oder nicht [5]. Aus der Nichtanzeige trotz bestehender Meldepflicht z.B. könnte die Aufsichtsbehörde gegebenenfalls schließen, inwieweit das Vertrauen, vor allem in die Zuverlässigkeit der Geschäftsleitung, noch gerechtfertigt ist [6].

Die Gefahren für den Kunden, welche durch Unzuverlässigkeit eines Geschäftsleiters entstehen können, sind gleich groß, egal ob diese

---

1) Anordnung des BAV, abgedruckt in VerBAV 55/64, Nr. 1 Abs. III.
2) Vergl. Anordnung des BAV, abgedruckt in VerBAV 55/64, Nr. 1 Abs. I und FROMM - GOLDBERG, Anm. 2 zu § 69 VAG.
3) Kreditwesengesetz im Umbau Seiten 714 f.
4) Seiten 205 f; spez. 208.
5) GNAM Kreditwesengesetz im Umbau Seite 714.
6) GNAM Kreditwesengesetz im Umbau Seite 717.

Person bei einer Geschäftsbank, einem Realkreditinstitut oder einer Versicherung tätig ist. Die Eingriffsbefugnisse der Aufsichtsbehörden sind bei Unzuverlässigkeit oder Unredlichkeit eines Geschäftsleiters auch gleich stark: die Aufsichtsämter haben die Möglichkeit, von der betreffenden Gesellschaft die Abberufung des Geschäftsleiters zu verlangen [1].

h) Zwischenergebnis

Aus dem Vergleich der Intensität der Risiken in den einzelnen Gewerbezweigen hat sich ergeben:

1) Im Verhältnis zum Geschäftsvolumen arbeiten die Geschäftsbanken mit dem höchsten Kapitalanteil, wenn man die Sachversicherungen außer Betracht läßt.
2) Das allgemeine Bankgewerbe ist auf Grund der Existenz der Privatbanken für den einzelnen am weitesten aufgefächert.
3) Die Ausgestaltung der Vertragsverhältnisse und die Fristigkeit der Verträge sind für die Gläubiger der Geschäftsbanken am ungefährlichsten.
4) Eine fehlerhafte Kalkulation kann bei einer Geschäftsbank unter normalen Umständen zu keiner Gefahr führen.
5) Auch hinsichtlich der im Aktivgeschäft liegenden Gefahren ist die Ansicht vertretbar, daß das Kreditgeschäft der Geschäftsbanken der Aufsicht am wenigsten zugänglich ist. Es kann keinen gesetzlichen Schutz vor Kreditrisiken geben [2]. Der "richtige" Kredit ist einzig und allein derjenige, der pünktlich zurückgezahlt wurde. Dieses aber weiß man erst hinterher. Deshalb sind alle Anhaltspunkte für die Richtigkeit des Kredites im Augenblick der Einräumung und während der Laufzeit Spekulationen, wenn auch getragen von konkreten Ermittlungen und Prüfungen [3]. Es bedarf keiner Höchstgrenzen für Großkredite, Millionenkredite und Organkredite, wenn die Bonität des Schuldners und die Güte des finanzierten Geschäftes durch eine genaue Kreditprüfung festgestellt worden ist [4].

---

1) Vergleiche §§ 35, 36 KWG; § 81 VAG; § 4 HBG; § 4 SchiffsBG.
2) LINHARDT, Kritik .... Seite 159.
3) LINHARDT, Kreditinstitute im Wettbewerb Seite 15.
4) So auch LINHARDT Kritik ... Seiten 148/149.

6) Wird der Schutz hingegen letztlich mit der Notwendigkeit der Überwachung der Zuverlässigkeit der Gewerbetreibenden begründet, ist eine unterschiedliche Intensität nicht gerechtfertigt; dieses Ergebnis entspricht der Rechtslage.

Aus den genannten Gründen ist es nach der Schutztheorie wirtschaftlich zu rechtfertigen, daß Bestimmungen des KWG, welche nicht mit Hilfe von Spezialbefugnissen jederzeit durchgesetzt werden können, auch nicht mit Hilfe einer Generalbefugnis durchzusetzen sind, nur um dem Gesetz formal zu genügen. Es kann nicht Aufgabe einer Wirtschaftsordnung freiheitlicher Prägung sein, dem Einleger jedes Risiko durch eine allumfassende Garantie abzunehmen. Dieses würde jede Selbstverantwortung ausschalten [1]. Hauptanliegen der Staatsaufsicht in der Wirtschaft muß es deshalb sein, die Eigenverantwortung der Wirtschaftenden anzuregen und zu verstärken, nicht aber, sie durch ein Übermaß an Aufsicht zu schwächen [2].

3) Vergleich nach der sozialen Theorie

Das Ziel der Aufsicht ist nach der sozialen Theorie der Schutz der Allgemeinheit vor volkswirtschaftlich schädlichem Verhalten. Die Begründung zum KWG [3] sieht in diesem Ziel neben dem Schutz des einzelnen Gläubigers die zweite entscheidende Aufgabe eines Bankaufsichtsgesetzes. So soll nach der Regierungsbegründung a. a. O. insbesondere der Zusammenbruch des Zahlungsverkehrs vermieden werden. Der Bericht des Wirtschaftsausschusses [4] führt aus, die durch den Zusammenbruch eines Kreditinstitutes verursachte Unruhe breite sich leicht auch auf die Einleger anderer Kreditinstitute aus; so könne in wirtschaftlich labilen Zeiten der gefürchtete allgemeine Run auf die Bankschalter entstehen, der die gesamte Kreditwirtschaft in die Gefahr des Zusammenbruches führen könne und dessen Folgen die gesamte Volkswirtschaft träfen. Schließlich sind Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen die entscheidenden Kapitalsammelstellen in der Volkswirtschaft [5]; demnach muß der Spargedanke

---

1) SZAGUNN - VOIGT Seite 17.
2) BULLINGER Seite 301.
3) Reg. Begr. zum KWG, Allgemeiner Teil Anm. II Nr. 1.
4) Ber. Wi. Aus. Allgemeiner Teil I Nr. 3.
5) Reg. Begr. zum KWG, Allgemeiner Teil Anm. II Nr. 1.

gefördert und gesichert werden.

Der Schutz der Allgemeinheit soll also gemäß den Gesetzesmaterialien zum KWG durch Erhaltung des Zahlungsverkehrs, durch Vermeidung eines Runs auf die Bankschalter auf Grund eines Vertrauensverlustes und durch Förderung des Spargedankens erfolgen.

a) Aufrechterhaltung des Zahlungsverkehrs

Weder die Versicherungsunternehmen, noch die Realkreditinstitute wickeln Geschäfte des Zahlungsverkehrs ab. Das öffentliche Interesse an der Erhaltung des Zahlungsverkehrs richtet sich bei den hier untersuchten Gewerbezweigen also nur gegen die Geschäftsbanken.

Betrachtet man aber dieses öffentliche Anliegen für sich, ließe sich vertreten, daß dieses Ziel keine staatliche Beschränkungen rechtfertigt, da der Zahlungsverkehr nicht nur auf das Netz der privaten Banken angewiesen ist. Es besteht weder ein Gebietsmonopol, noch mangelt es an einer Substitution durch die vorhandenen anderen Netze [1]. STÜTZEL [2] ist deshalb der Ansicht, eine Sonderstellung der allgemeinen Geschäftsbanken gegenüber anderen Gewerbebetrieben könne insoweit nicht begründet werden.

Eine Stellungnahme zu den gegenteiligen Ansichten erfolgt im Zusammenhang mit der Untersuchung über die erforderlichen Mittel zur Durchsetzung der Ziele nach der sozialen Theorie.

b) Verhütung von Kettenreaktionen auf Grund eines Vertrauensverlustes

Es muß ein entscheidendes Anliegen jeder staatlichen Kontrolle sein, eine allgemeine Vertrauenskrise zu vermeiden, insbesondere in einem sozial bestimmten Staat [3]. Durch eine Vertrauenskrise gegenüber

---

1) Z. B. Postschecknetz; Netz der Bundesbank i. V. mit den Landeszentralbanken, den Zweigstellen der Bundesbank im gesamten Bundesgebiet; Sparkassennetz i. V. mit den Girozentralen.

2) Seite 14.

3) BULLINGER Seite 317.

einem Institut, sei es gegenüber einer Bank, sei es gegenüber einer Versicherung, kann leicht eine Kettenreaktion ausgelöst werden. Wenn einmal der Fall eintreten sollte, daß ein Institut - gleich aus welchen Gründen - nicht mehr in der Lage ist, seine Verpflichtungen gegenüber seinen Gläubigern zu erfüllen, dann könnten erhebliche Teile der Volkswirtschaft betroffen werden.

Dieses wird besonders deutlich bei einer Geschäftsbank mit überwiegend täglich fälligen Einlagen: Da die unmittelbar in Mitleidenschaft gezogenen Gläubiger in der Regel über die durch die Insolvenz der Bank ausgefallenen Gelder bereits disponiert hatten, und auch deren Gläubiger oftmals schon ähnliche Verpflichtungen eingegangen waren, überträgt sich die Zahlungseinstellung dieser einen Bank wie eine Wellenbewegung auf die gesamte Volkswirtschaft. Es werden Betriebe stillgelegt werden müssen, was wiederum einen Rückgang des Steueraufkommens und die Einschränkung des Konsums zur Folge hat. Die übrigen Banken werden einen Sturm auf ihre Schalter erleben; man wird ihnen die Einlagen kündigen. Ihre Liquidität wird sich zusehends verschlechtern und die Gefahr einer Zahlungseinstellung wird auch über ihnen schweben [1].

Gegen diese Überlegungen ließe sich einwenden, daß auch Forderungen gegenüber Nichtbanken in vielen Fällen bereits durch Zession oder in anderer Weise verdisponiert worden seien [2]. Bankguthaben sind aber nicht gewöhnliche Geldforderungen gegen Dritte, sondern Vermögensobjekte besonderer Art [3], mit deren Hilfe die fälligen Verbindlichkeiten sofort endgültig, und nicht nur zahlungshalber, beglichen werden können. Die Bankforderungen gehören zu den "liquidesten" Mitteln eines Unternehmens [4]. Aus diesem Grunde ist ein Betrieb unmittelbarer gefährdet, wenn seine Bankguthaben ausfallen, als wenn andere Forderungen ausfallen. Im letzteren Falle ist eine Kettenreaktion sehr viel unwahrscheinlicher, da der Betrieb seine laufenden, im Moment des Ausfallens der Forderungen bestehenden fälligen Verbindlichkeiten durch seine Bankforderungen begleichen kann und Zeit hat, sich um neue Kreditierung zu bemühen.

---

1) STEINERT Seite 70.

2) Man denke insbesondere an die Zessionskredite der Banken.

3) STÜTZEL Seite 11.

4) Sie werden bei der Analyse einer Bilanz besonders berücksichtigt und werden ähnlich den Barmitteln, LZB- und Postscheckguthaben behandelt.

Auch die Versicherungswirtschaft ist erhöht krisenempfindlich. Sie nimmt gegenüber anderen Gewerben eine Sonderstellung ein, denn sie schafft den Wohlstand nicht, sondern hilft ihn nur bewahren; sie kann einen Schaden nicht verhindern, aber sie verhütet, daß er den Geschädigten oder auch den Schädiger - in der Haftpflichtversicherung - ruiniert.

Das Vertrauen der Allgemeinheit in diese Funktion des Versicherungsgewerbes berührt die Interessen des Staates, der jede Erschütterung dieses Gewerbezweiges verhindern muß [1]. Wenn der Versicherungsgedanke in Mißkredit gerät, würde der Staat eines seiner größten Kapitalsammelbecken verlieren [2]. Insofern ist das Ziel der "Verhütung von Kettenreaktionen" eng mit dem Ziel der Förderung der Spartätigkeit durch Vermeidung von Vertrauenskrisen verbunden.

Eine etwa eintretende Kettenreaktion den Geschäftsbanken gegenüber hat aber wesentlich stärkere volkswirtschaftliche Auswirkungen als ein Vertrauensverlust gegenüber den Versicherungen oder den Realkreditinstituten. Im ersten Falle sind die Einleger in der Lage, das Kreditsystem zu zerstören, indem sie tatsächlich gleichzeitig von der rechtlichen Möglichkeit Gebrauch machen, ihre Einlagen abzurufen. Hingegen wird bei einem Vertrauensverlust gegenüber den Realkreditinstituten und den Versicherungen nur die Schaffung neuen Sparkapitals gestoppt. Die Kurse der Pfandbriefe fallen zwar empfindlich, möglicherweise sind die Pfandbriefe sogar unverkäuflich, aber der Vertrauensverlust hat nur eine Stagnation zur Folge; die Gläubiger sind nicht in der Lage, die einmal den Versicherungen oder Realkreditinstituten zur Verfügung gestellten Mittel kurzfristig abzurufen. Ob hieraus eine stärkere Aufsicht den Geschäftsbanken gegenüber abgeleitet werden kann, wird innerhalb der Frage nach den Mitteln zur Durchsetzung der Ziele nach der sozialen Theorie untersucht werden.

---

1) BOSS Seite 16; MAHR Seite 385.

2) CLAREN Seite 31.

c) Förderung der Spartätigkeit

Sozialpolitisch ist es erstrebenswert, den Sparer zu schützen, um auf diese Weise die private Altersvorsorge zu fördern. Ein weiteres sozialpolitisches Ziel liegt in dem Schutz der Empfänger von bargeldlosen Gehalts- und Lohnzahlungen, die durch diese volkswirtschaftlich erwünschte Art der Entlohnung nicht gefährdet werden dürfen [1].

Wirtschaftspolitisch dient die Förderung der Spartätigkeit der Finanzierung der Investitionen der Wirtschaft [2]. Von dem Augenblick an, in welchem der Staat den einzelnen aufforderte zu sparen, sei es durch Lebensversicherungen, Kauf von Obligationen oder durch Anlage von Geld auf einem Sparkonto, übernahm er die Verpflichtung, die Einleger vor Verlusten zu schützen. Erklärt es ein Staat zur Bürgerpflicht, Geld zu sparen, so erweckt er die Erwartung, daß er das Forderungsrisiko abdecken werde [3].

Das Ziel, die Spartätigkeit zu fördern, spielt für die hier untersuchten Gewerbezweige eine unterschiedliche Rolle. Der Kundenkreis bei Lebensversicherungen besteht nur aus Sparern. Die Käufer von Pfandbriefen, also die Gläubiger der Realkreditinstitute, finanzieren ihre Anlage ebenfalls überwiegend aus gesparten eigenen Mitteln [4] oder sind institutionelle Anleger wie die Versicherungen, die ihrerseits wiederum großenteils gesparte Gelder zu verwalten haben.

Bei allen Bankengruppen zusammen, mit Ausnahme der Realkreditinstitute, bestehen nur ca. 50% der Einlagen aus Spargeldeinlagen. Bei den allgemeinen Geschäftsbanken betragen die Spareinlagen sogar nur 1/4 der gesamten Einlagen [5]. Andererseits stellen die

---

1) SZAGUNN - VOIGT Seite 17.

2) SZAGUNN - NEUMANN 2. Aufl. Einleitung Seite 47.

3) STÜTZEL Seite 11.

4) Eine Ausnahme liegt dann vor, wenn ein Anleger langfristig günstig verzinsliche Schulden, spez. Steuerschulden oder Subventionsgelder, hat. Wenn dieser Anleger liquide Mittel erhält, deckt er die Schulden nicht ab, sondern kauft stattdessen Obligationen mit etwa gleichen Fälligkeiten wie seine Schulden und verbucht die Zinsmarge für sich.

5) Vergl. statistischen Teil der Monatsberichte der Deutschen Bundesbank, Abt. III, Kreditinstitute, B Zwischenbilanzen.

Geschäftsbanken Sammelbecken großer Summen kurzfristiger Gelder dar und sind deshalb in der Lage, der Wirtschaft erhebliche Mittel in Form von kurz- und mittelfristigen Krediten zur Verfügung zu stellen.

Welche Folgerungen aus diesen Überlegungen für die Intensität der Aufsicht den Geschäftsbanken gegenüber gezogen werden können, soll im Zusammenhang mit der Erörterung über die Mittel zur Durchsetzung der Ziele nach der sozialen Theorie behandelt werden.

d) Mittel zur Durchsetzung der Ziele nach der sozialen Theorie

Das entscheidende Ziel nach der sozialen Theorie liegt gemäß den vorstehenden Ausführungen darin, daß das für die Arbeit des Kreditgewerbes, des Realkreditgewerbes und des Versicherungsgewerbes lebenswichtige Vertrauen nicht beeinträchtigt werden darf [1]. Insofern kann neben der Förderung der Spartätigkeit und der Verhütung eines Run auf die Bankschalter auch der reibungslose Ablauf des Zahlungsverkehrs als ein Teilziel nach der sozialen Theorie anerkannt werden, denn wenn das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Banken, den Zahlungsverkehr abzuwickeln, erhalten bleibt, kann der Zahlungsverkehr auch aufrechterhalten werden.

Das Ziel nach der sozialen Theorie ist hinsichtlich der Aufrechterhaltung des Zahlungsverkehrs allein bei den Geschäftsbanken, hinsichtlich der Verhütung einer volkswirtschaftlich gefährlichen Abrufung von Geldern ganz überwiegend bei den Geschäftsbanken und hinsichtlich der Förderung der Bildung von Sparguthaben und Giroguthaben bei den Geschäftsbanken gleich intensiv wie bei den anderen untersuchten Gewerbezweigen zu verfolgen. Fraglich ist aber, ob aus diesem Ergebnis abgeleitet werden kann, daß die Aufsichtsbehörden den Geschäftsbanken gegenüber stärkere oder zum mindesten gleich starke Aufsichtsbefugnisse zur Verfügung haben müssen als gegenüber den Realkreditinstituten und den Versicherungen.

---

1) SCHREIHAGE Seite 215 und BADING - HOLZER - WIRSCHING Anm. 1 zu § 6 für das Kreditgewerbe; BARLET - KARDING - FLEISCHMANN Anm. 1 zu § 4 für das Hypothekenbankgewerbe; CLAREN Seite 31 für das Versicherungsgewerbe.

So klar das Ziel ist, möglichst einen Vertrauensschwund zu vermeiden, so wenig läßt die soziale Theorie Maßstäbe zur Beurteilung von Schutzmaßnahmen erkennen [1]. Soweit der Schutz der Allgemeinheit vor Vertrauenskrisen dadurch bewirkt wird, daß auf die Leitungen der einzelnen Betriebe Einfluß genommen wird, ist eine beschränkte Befugniskette gegenüber den Geschäftsbanken ausreichend, wie sich bei der Untersuchung der einzelnen zu überwachenden Risiken ergeben hat [2]. Da aber das Bundesaufsichtsamt allgemeine Entwicklungstendenzen im Bankwesen weder aufhalten, noch Angewohnheiten, die bisher zu keiner Beanstandung Anlaß gegeben hatten, von sich aus ändern kann, sind ernstere große Vertrauenskrisen durch die Existenz des Bundesaufsichtsamtes nicht zu verhindern [3]. Deshalb bedarf das Bundesaufsichtsamt auch nach der sozialen Theorie keiner weitergehenden Befugnisse gegenüber den einzelnen Geschäftsbanken als nach der Schutztheorie.

Bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten von Kreditinstituten, die schwerwiegende Gefahren für die Gesamtwirtschaft erwarten lassen, kann nur die Bundesregierung durch Rechtsverordnung nach Anhörung der Bundesbank Moratorien oder sogar die Einstellung des Bank- und Börsenverkehrs verfügen (§ 47 KWG). Durch diese Bestimmung sind die bei den Geschäftsbanken besonders gefährlichen Folgen eines allgemeinen Vertrauensverlustes möglicherweise abzufangen, nicht aber durch eine allgemeine Generalbefugnis des Bundesaufsichtsamtes zu Eingriffen den einzelnen Banken gegenüber.

e) Zwischenergebnis

Ein Vergleich der Geschäftsbanken mit den Realkreditinstituten und den Versicherungen über die wirtschaftlich notwendige Intensität der Aufsicht nach der sozialen Theorie hat folgendes Bild ergeben:

1) Die Ziele nach der sozialen Theorie sind am intensivsten bei den Geschäftsbanken zu verfolgen.

---

1) STÜTZEL Seite 27.
2) Vergleiche oben Ausführungen zur Schutztheorie; speziell das Zwischenergebnis auf Seite 57.
3) ZIMMERER - SCHÖNLE, Systematische Einführung Seite 23.

2) Die Mittel zur Durchsetzung dieser Ziele machen keine Generalbefugnis des Bundesaufsichtsamtes erforderlich. Allgemeine Vertrauensverluste lassen sich nur durch Moratorien oder vorübergehende Einstellung des Bank- und Börsenverkehrs auffangen.

4) Vergleich nach der Strukturtheorie

Die von STARKE [1] für die Versicherungswirtschaft entwickelte "Strukturtheorie" begründet die Notwendigkeit einer Aufsicht wie folgt: Eine Aufsicht ist dann erforderlich, wenn die Struktur eines Gewerbes unausgeglichen ist. Übersteigt das Angebot an Leistungen die Nachfrage nicht nur unerheblich und vorübergehend, sondern ständig, und kann eine Regulierung über den Preis auf Grund der Art des angebotenen Wirtschaftsgutes nicht erfolgen, muß die staatliche Aufsicht dieses Ungleichgewicht korrigieren. Das gleiche gilt, wenn die Nachfrage das Angebot ständig übersteigen würde und kein echter Marktpreis vorhanden wäre. Der Markt eines solchen Gewerbes birgt latent die Gefahr einer erheblichen Wirtschaftsstörung in sich. Diese Störung zu verhüten und damit den "natürlichen" Ablauf der Wirtschaftsvorgänge zu erhalten, soll Aufgabe der Aufsicht sein. Obwohl die Aufsicht nach dieser Theorie nicht die Interessen des einzelnen oder des Staates wahren soll, dient sie doch zugleich den Belangen der wirtschaftlich interessierten Kreise [2].

Der Vergleich der hier zu untersuchenden Gewerbezweige zeigt ein unterschiedliches Bild.

a) Die Struktur des Versicherungsgeschäftes

Die "Ware" des Versicherungsgewerbes besteht in dem Versprechen, eine Leistung im eventuellen Versicherungsfall zu erbringen. Das Wirtschaftsgut "Versicherung" kann also ohne Einsatz materieller Produktionsmittel - mit Ausnahme der allgemeinen Verwaltungskosten -

---

1) In Die Entwicklungslinien .... Seiten 65 ff; vergl. auch SCHMIDT Seiten 9 f; Stellungnahme des BWM (I B 52632/55 vom 17.3.55).

2) STARKE, Die Entwicklungslinien Seite 67.

abstrakt hergestellt werden. Auf Grund der Tatsache, daß die Gegenleistung des Versicherers für die sofort bezahlte Prämie zunächst nicht mehr als ein Versprechen ist, im etwa eintretenden Versicherungsfall die vereinbarte Versicherungsleistung zu erbringen, ergeben sich außerordentliche Möglichkeiten der Kapazitätsausweitung [1]. Das Angebot an Versicherungsleistungen kann von Seiten der Versicherer beliebig variiert und auf jeden beliebigen Lebensbereich erweitert werden; man denke an relativ junge Zweige des Versicherungsgewerbes wie Rechtsschutzversicherung oder Urlaubswetterversicherung.

Das Angebot an Versicherungsleistungen übersteigt in der Grundtendenz die Nachfrage ständig [2] Das Versicherungsgewerbe kann, da es kein Rohstoffproblem kennt, jederzeit einen vielfach verstärkten Bedarf decken. Der Preis für die gebotene Leistung errechnet sich nicht aus der Summe der angefallenen Kosten zuzüglich einer ausreichenden Gewinnmarge, sondern ergibt sich aus einer Spekulation über den möglichen Schadensverlauf. Aus diesen Gründen ist auch der Preis kein wirksames regulierendes Moment in der Versicherungswirtschaft.

Schließlich kann ein risikofreudiger Versicherer später aufgetretene Verluste über lange Zeit hin dadurch decken, daß er seine sich aus eingetretenen Versicherungsfällen ergebenden Verbindlichkeiten mit den Eingängen fälliger Prämien bezahlt. Eine Illiquidität ist also in einem Versicherungsbetrieb dann noch lange nicht gegeben, wenn sämtliche eigenen Mittel verbraucht sind und eine Überschuldung des Unternehmens eingetreten ist.

Nach der Strukturtheorie bedarf die staatliche Aufsicht über die Versicherungen umfangreicher Befugnisse, um das Risiko der Versicherungsnehmer möglichst niedrig zu halten.

---

1) MAHR Seite 382.

2) STARKE, Die Entwicklungslinien .... Seite 65; SCHMIDT Seite 9.

b) Die Struktur des Realkreditgeschäftes

Ganz anders liegen die Verhältnisse im Realkreditsektor. Die Struktur des Hypotheken- und Schiffsbankgewerbes zeigt einen nahezu ausgeglichenen Markt. Die Hypothekarkredite werden vorwiegend zur Finanzierung von Investitionen verwendet [1]. Das bedeutet, daß die Kredite nicht der Liquiditätserhöhung der Kreditnehmer dienen, sondern in Sachwerte umgewandelt werden. Die Banken refinanzieren sich ihrerseits durch Ausgabe von Pfandbriefen.

Liegen keine anderen einschränkenden Bedingungen vor, so hängt die Grenze, bis zu der von den Realkreditinstituten Geld ausgeliehen werden kann, von der Summe der verkauften festverzinslichen Wertpapiere ab [2]. Um neuen Realkredit gewähren zu können, müssen zunächst die Mittel beschafft werden, und dieses ist im Prinzip nur durch die Emission von Pfandbriefen möglich [3]. Damit ist also im Realkreditsektor kein Raum für eine Geldschöpfung gegeben. Die Realkreditinstitute sind auf Grund der Struktur des Geschäftes nicht in der Lage, eine Kreditexpansion zu betreiben, wenn der Kapitalmarkt nicht aufnahmefähig oder aufnahmewillig ist.

Hinzu kommt, daß der Kapitalzins ein wirksames regulierendes Moment zwischen Angebot und Nachfrage ist. Der Kapitalzinssatz ist ein echter Marktpreis. Ein Angebots- oder Nachfrageüberhang wird durch Zinssenkung oder Zinserhöhung ausgeglichen. Der Kapitalzins unterliegt auch nicht der direkten Beeinflussung durch die Bundesbank im Gegensatz zum Geldmarktzins.

Es ergibt sich, daß im Realkreditsektor eine Staatsaufsicht nicht deswegen erforderlich ist, weil die Struktur des Marktes etwa nicht ausgeglichen wäre. Aus diesen Gründen wird auch in der Literatur zum Aufsichtsrecht über die Realkreditinstitute die "Strukturtheorie" nicht erwähnt.

---

1) Vergleiche hierzu im einzelnen MELLEROWICZ Seite 17.
2) DOBRINSKI Seite 168.
3) DOBRINSKI Seite 169.

c) Die Struktur des allgemeinen Bankgeschäftes

Das Bankgewerbe hat die Aufgabe, die Wirtschaft so ausgedehnt und so billig wie möglich mit Kredit zu versorgen und zu diesem Ziel alle erforderlichen Maßnahmen der Kostenverbilligung durchzuführen. Bei der Bemühung um das Ziel möglichst hoher Kreditversorgung zu möglichst sinkenden Zinssätzen hat jedoch das Bankgewerbe Möglichkeiten, die in dieser Art keinem anderen Gewerbe gegeben sind. Das Bankgewerbe ist in der Lage, durch Einräumung von Krediten Giralgeld zu schöpfen. Geldschöpfung ist die Nettoerhöhung aller Sichtguthaben von privaten Haushalten, privaten Unternehmungen und von dem Staate bei den Geld- und Kreditinstituten einschließlich der Zentralbank in einer bestimmten Periode [1]. Eine unkontrollierte "Produktion" von kurzfristigem Kredit, also die Nettoerhöhung aller Sichtguthaben, wäre das Ende der Geldwertstabilität [2].

Die Überwachung und Lenkung der stukturbedingten Möglichkeiten der Geschäftsbanken, nämlich die "Produzierung" von Giralgeld, ist aber nicht Aufgabe des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen. Diese Aufgabe ist der Bundesbank übertragen worden, welche gemäß § 3 BBankG die Kreditversorgung der Wirtschaft mit dem Ziel, die Währung zu sichern, zu regeln hat. Zur Beeinflussung der Kreditgewährung sind der Bundesbank währungspolitische Befugnisse in Form von der Diskont-, Kredit- und Offenmarktpolitik (§ 15 BBankG) und der Mindestreservepolitik (§ 16 BBankG) eingeräumt worden.

d) Zwischenergebnis

Nach der Strukturtheorie ist eine umfassende Aufsicht über das Versicherungsgewerbe zu begründen. Hingegen bedarf das Realkreditgewerbe von seiner Struktur her keiner besonderen Aufsicht.

Das allgemeine Bankgewerbe hingegen bedarf einer besonderen Überwachung wegen seiner strukturbedingten Möglichkeiten. Die quantitative Beeinflussung des Kreditvolumens der Banken erfolgt aber ausschließlich durch die Bundesbank. Aus diesem Grunde eignet sich die Strukturtheorie nicht für Erkenntnisse über den Umfang der Befug-

1) SCHILCHER Seite 105.
2) PANTEN Seite 647.

nisse des Bundesaufsichtsamtes den Geschäftsbanken gegenüber.

5) Vergleich nach der volkswirtschaftlichen Theorie

Bereits die soziale und auch die Strukturtheorie beinhalteten volkswirtschaftliche Überlegungen wie den Schutz vor Vertrauenskrisen oder die Marktbesonderheiten der einzelnen Gewerbe. Nach der jetzt zu behandelnden "volkswirtschaftlichen Theorie" soll die Aufsicht dazu dienen, über die Kreditwirtschaft die Gesamtwirtschaft zu beeinflussen und zu steuern, sie also nicht nur durch Überwachung bestimmter Gewerbe zu schützen. Die hier so bezeichnete "volkswirtschaftliche Theorie" will also mit Hilfe der Aufsicht Währungs- und Wirtschaftspolitik betreiben.

Wirksame Währungs- und Wirtschaftspolitik mit Hilfe der Aufsicht über die Realkreditinstitute und die Versicherungsgesellschaften zu betreiben, ist nur in ganz beschränktem Rahmen möglich. Das Ziel der Vollbeschäftigung unter gleichzeitiger Stabilität der Preise und des Ausgleiches der Zahlungsbilanz kann wirksam und schnell vorwiegend nur über den auf dem Geldmarkt tätigen Kreditapparat erreicht werden. Die Maßnahmen wirken sich hier innerhalb kurzer Zeit auf die Kreditsuchenden aus, da sich die getätigten Geschäfte oder die geplanten Finanzierungen kurzfristig abwickeln. Solche Voraussetzungen sind im Versicherungsgeschäft und im Realkreditgeschäft nicht gegeben. Deshalb ist die "volkswirtschaftliche Theorie" nur für die Aufsicht über die allgemeinen Geschäftsbanken von Bedeutung.

Aufsichtsamt und Bundesbank können sich auf Grund der Einblicks- und Informationsmöglichkeiten in denkbar umfassender Weise über die Situation aller Kreditinstitute, ihre Geschäftsgebarung und die von ihnen gewährten Kredite unterrichten. Nimmt man hinzu, daß die Kreditinstitute der Bundesbank allmonatlich Meldungen zur Bilanzstatistik in Form besonderer Monatsausweise einzureichen haben, die diese dann an das Bundesaufsichtsamt weiterleitet, und daß die daraus erstellte Bankenstatistik [1] in den Monatsberichten der Bundesbank veröffentlicht wird, so soll damit jede Gewähr gegeben sein, daß

---

1) Siehe Monatsberichte der Deutschen Bundesbank, Bankstatistische Gesamtrechnungen.

etwaige Gefahrenquellen in der Kreditgebarung rechtzeitig erkannt werden [1]. Es müssen dann entsprechende Gegenmaßnahmen eingeleitet werden [2].

Das Schwergewicht der Aufsicht über die Institute liegt hiernach also überwiegend auf dem Gebiete der Wirtschaftspolitik. Die Gefahrenabwehr und die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung machen nach dieser Ansicht nur noch einen geringen Teil der Aufsicht aus [3].

Wenn man die Aufsicht über die Geschäftsbanken nur als wirtschaftspolitisches Steuerungsmittel betrachtet, muß man folgendes berücksichtigen: Es kann nicht Aufgabe einer Verwaltungs-Behörde sein, Wirtschafts-Politik zu betreiben [4]. Ferner wäre die staatliche Banken- und Kreditaufsicht ein Widerspruch zum geltenden Zentralbankgesetz und der darin gewährleisteten Währungsordnung.

Aus diesen Gründen müßte man mit LINHARDT [5], der die Aufsicht überwiegend unter dem Aspekt, Wirtschaftspolitik zu betreiben, sieht, für eine Aufsicht im Sinne der "volkswirtschaftlichen Theorie" zu folgendem Ergebnis kommen: Die staatliche Bankenaufsicht hebt den Sinn der Rechtsordnung auf dem Gebiet der Währung auf, entleert die Währungsordnung ihres Inhalts, raubt der Zentralbank Macht und Ansehen, die sie für die Stabilität der Währung braucht und erweckt bei den vielen Unkundigen und Leichtgläubigen den Glauben an einen echten wirksamen Schutz vor Bankzusammenbrüchen, den es nirgendwo gibt und geben kann, am wenigsten außerhalb des Zentralbankrechtes und einer verantwortungsvollen Zentralbankpolitik, verbunden mit einer gesunden staatlichen Finanz- und Währungspolitik.

Da aber die Aufsicht nach dem KWG nicht dazu geschaffen worden ist, auf die Geschäftspolitik der Kreditinstitute Einfluß zu neh-

---

1) SCHMÖLDERS Seite 237.
2) BADING - HOLZER - WIRSCHING, Einführung Seite 3.
3) STEINERT Seite 93.
4) STEINERT Seite 94.
5) In: Kreditinstitute im Wettbewerb Seite 9.

men [1], sondern nur eine Überwachungsfunktion im Interesse des einzelnen und der gesamten Wirtschaft ausübt [2], überschneiden sich die Funktionen der Bundesbank und des Bundesaufsichtsamtes nicht. Eine Aufsicht im Sinne der "volkswirtschaftlichen Theorie" ist dem Bundesaufsichtsamt nicht übertragen worden; mithin eignen sich die Überlegungen hierzu auch nicht, den Befugnisumfang des Bundesaufsichtsamtes zu bestimmen.

6) Ergebnis

Das dem KWG zugrunde liegende Ziel des Individualschutzes würde bei gleicher Intensität des Schutzgedankens wie im Versicherungsgewerbe und im Realkreditgewerbe eine schwächere Aufsicht über die Kreditinstitute als über die Versicherungen und Hypothekenbanken bzw. Schiffspfandbriefbanken rechtfertigen. Ob es allerdings auch im Rahmen einer schwächeren Aufsicht notwendig ist, § 6 I als Generalklausel für Eingriffe zu deuten, kann endgültig erst entschieden werden, wenn die Untersuchung über die bestehenden Spezialbefugnisse ergeben hat, daß diese die wirtschaftlichen Bedürfnisse nicht ausreichend befriedigen können.

Das dem KWG zugrunde liegende Ziel des Schutzes der Gemeinschaft vor Funktionsstörungen würde gegenüber dem gleichen Ziel bei den Versicherungen und den Realkreditinstituten eine mindestens gleich intensive Aufsicht erfordern. Zur Durchsetzung dieses Zieles eignen sich aber nicht Befugnisse des Bundesaufsichtsamtes gegenüber den einzelnen Instituten. Vielmehr sind hierfür der Bundesregierung ausreichende Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen übertragen worden.

Die erforderliche Intensität der Befugnisse der Aufsichtsbehörden nach der Strukturtheorie und der volkswirtschaftlichen Theorie kann für das Ergebnis außer Betracht gelassen werden, da beide Theorien Befugnisse verlangen, welche der Bundesbank übertragen worden sind.

---

1) So ausdrücklich REISCHAUER - KLEINHANS Einleitung Seite 1.

2) Vergleiche die Ausführungen zu den in den Gesetzesmaterialien genannten Zielen der Aufsicht, oben Seiten 37 ff.

3. KAPITEL

VERHÄLTNIS DER SPEZIALBEFUGNISSE DES BUNDESAUFSICHTSAMTES ZU DEN NICHT UNMITTELBAR DURCHSETZBAREN NORMEN

Wenn auf Grund der bisherigen Überlegungen davon ausgegangen wird, daß dem Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen keine Generalbefugnis zu Eingriffen den Geschäftsbanken gegenüber zur Seite steht, bedeutet diese Aussage nicht, daß die nicht unmittelbar durchsetzbaren Normen in jedem Falle ohne Sanktion verletzt werden könnten. Vielmehr kann durch die Verletzung einer nicht unmittelbar durchsetzbaren Norm gleichzeitig ein Sachverhalt geschaffen worden sein, der sämtliche tatbestandlichen Voraussetzungen für die Möglichkeit eines Eingriffes auf Grund einer Spezialbefugnis beinhaltet.

Für die verschiedenen speziellen Eingriffsbefugnisse des Bundesaufsichtsamtes ist es von Bedeutung, welche einzelne öffentlich-rechtliche Pflicht durch eine Bank verletzt worden ist. Es wäre z.B. unsinnig, einer Bank, welche einem Sparkonteninhaber das Sparbuch nicht ausgehändigt hat (Verletzung der Vorschrift des § 21 IV 2) aufzuerlegen, Gewinne nicht auszuschütten oder die Kreditgewährung zu untersagen, also Maßnahmen nach § 45 Abs. 1 zu ergreifen. Aus diesen Gründen sind die nicht unmittelbar durchsetzbaren und auch nicht mit Strafe oder Geldbuße ahnbaren Pflichten der Kreditinstitute nachstehend in drei Gruppen eingeteilt worden, und zwar in Pflichten zur Erhaltung einer gesunden Bilanzstruktur (Teil I), Pflichten zur Sicherstellung einer Kreditgewährung nach sachgerechten Grundsätzen (Teil II) und Pflichten bei Betreiben des Spargeschäftes (Teil III).

I) BEFUGNISSE ZUR ERREICHUNG UND ERHALTUNG EINER GESUNDEN BILANZSTRUKTUR (Durchsetzbarkeit der §§ 12 Satz 1, 13 III, 13 IV)

Neben anderen Bestimmungen zur Erhaltung einer gesunden Bilanzstruktur [1] verlangt das KWG bestimmte Relationen zwischen dem Eigenkapital einerseits und den dauernden Anlagen bzw. den verauslagten Krediten andererseits. § 12 Satz 1 bestimmt, daß die dauernden Sachanlagen nach den Buchwerten berechnet das Eigenkapital eines Kreditinstitutes nicht übersteigen dürfen. Diese Vorschrift dient der Erhaltung einer gesunden Bilanzstuktur im allgemeinen und beinhaltet den im kaufmännischen Leben anerkannten Grundsatz, daß das Anlagevermögen durch Eigenmittel gedeckt sein soll. Die Vorschriften über den Umfang der Großkredite (Absätze III und IV des § 13) behandeln nicht die Bilanzrelationen insgesamt, sondern verlangen eine gesunde Streuung innerhalb der wesentlichsten Aktivpositionen eines Kreditinstitutes.

Fraglich ist, inwieweit die Einhaltung dieser Vorschriften durch entsprechende Auflagen seitens des Bundesaufsichtsamtes verlangt werden kann. Als Anordnung käme z.B. eine Veräußerungsauflage hinsichtlich eines Teiles der dauernden Anlagen oder eine Auflage, Großkredite zu kündigen, in Betracht.

1) Die zur generellen Durchsetzbarkeit vertretenen Meinungen

Von SZAGUNN - NEUMANN [2] und PRÖHL [3] wird zur Durchsetzbarkeit des § 12 die Meinung vertreten, das Bundesaufsichtsamt könne einem Kreditinstitut durch Verwaltungsakt aufgeben, die Grenzen des § 12 einzuhalten. Es könne also eine Auflage des Inhalts erlassen, die dauernden Anlagen durch Verkauf eines Teiles zurückzuführen, oder das Kapital zu erhöhen. Diese Auflage wäre dann nach Bestandskraft mit Zwangsmitteln gemäß § 50 durchsetzbar. Auch CONSBRUCH -

1) Es handelt sich um §§ 10 und 11, zu deren unmittelbarer Durchsetzung § 45 geschaffen worden ist.
2) 2. Aufl. Anm. 2 zu § 12.
3) KWG 1961 Anm. 4 a.E. (Seite 10) zu § 12.

MÖLLER [1] vertreten in den Anmerkungen zu § 12 die Ansicht, diese Vorschrift sei mit Zwangsmitteln durchsetzbar. An anderer Stelle aber wird von CONSBRUCH - MÖLLER [2] § 12 als Beispiel dafür angegeben, daß es Vorschriften gebe, welche nicht mit Verwaltungszwang durchgesetzt werden könnten.

Da von den genannten Autoren für die jederzeit als zulässig angesehenen Auflagen zur Einhaltung des § 12 keine Ermächtigungsgrundlage angegeben wird, dürfte diese in § 6 I gesehen werden: Die Verfasser vertreten an anderer Stelle die Ansicht, § 6 I sei eine geeignete Grundlage für befehlende Verwaltungsakte [3].

Andererseits vertreten BECK [4] und MÖHRING - RITTERSHAUSEN [5] die Meinung, das Amt sei mangels einer gesetzlichen Befugnis nicht berechtigt, einem Kreditinstitut aufzuerlegen, seine dauernden Anlagen zurückzuführen oder sein Kapital zu erhöhen. Auch SCHORK nimmt an, die Einhaltung des § 12 könne nicht unmittelbar erzwungen werden, allerdings entspreche diese Auffassung nicht der allgemeinen Regel [6].

Auch zur jederzeitigen Durchsetzbarkeit der Absätze III und IV des § 13 werden einander widersprechende Meinungen vertreten. REISCHAUER - KLEINHANS [7] stellen die Forderung auf, eine Überschreitung der Grenze des § 13 IV durch ein Kreditinstitut "sollte ... nicht geduldet" werden. Die Auflage durch das Bundesaufsichtsamt, den Kredit ganz oder teilweise zu kündigen, müßte sich demnach auf

---

1) Anm. 7 zu § 12.

2) Anm. 4 zu § 36.

3) Vergleiche CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 1 zu § 6; SZAGUNN - NEUMANN 1. Aufl., Anm. 5 und 12 zu § 6, 2. Auflage Anm. 8 zu § 6.

4) Anm. 110 zu § 12; BECK nimmt zu § 6 bisher keine Stellung zur Frage einer Generalbefugnis des BAK.

5) Seite 36.

6) Anm. 20 zu § 12. SCHORK stellt sich damit - wie er selbst erwähnt - in Widerspruch zu seinen Ausführungen zu § 6, spez. Anm. 8.

7) Anm. 31 zu § 13.

eine Generalbefugnis stützen. Auch SCHORK [1] ist der Ansicht, Verstöße gegen die Absätze III und IV des § 13 seien trotz des Sollcharakters der Vorschriften möglich. Das Bundesaufsichtsamt könne einem Kreditinstitut durch Verwaltungsakt aufgeben, die Relationen nach Abs. III und IV des § 13 wiederherzustellen. - Die überwiegende Meinung steht jedoch zur Frage der Durchsetzbarkeit der Abs. III und IV des § 13 auf dem gegenteiligen Standpunkt. Die amtliche Begründung zum KWG [2] und ihr folgend CONSBRUCH - MÖLLER [3] sowie die Kommentare von ZIMMERER - SCHÖNLE [4] und SZAGUNN - NEUMANN [5] vertreten die Ansicht, die Abs. III und IV des § 13 hätten keine zwingende Wirkung, so daß die bezeichneten Grenzen ohne unmittelbare Sanktion überschritten werden können, es sei denn, ein Verstoß dieser Normen erfülle gleichzeitig zusätzliche Tatbestandsvoraussetzungen anderer Normen. Damit aber werden die Ausführungen zu § 6 I indirekt eingeschränkt [6]. Es kann sich bei § 6 I nicht um eine Generalbefugnisnorm zur Durchsetzung aller Vorschriften des KWG handeln, wenn Pflichten der Kreditinstitute bestehen, welche nicht durchsetzbar sein sollen.

2) Der eigene Standpunkt

Es soll davon ausgegangen werden, daß dem Bundesaufsichtsamt keine Generalbefugnis zur Durchsetzung der materiellen öffentlich-rechtlichen Pflichten des KWG den Banken gegenüber zur Seite steht. Damit kann das Amt grundsätzlich weder einen Verwaltungsakt des Inhalts erlassen, eine Bank solle einen bestimmten Teil ihrer Anlagewerte veräußern oder ihr Kapital erhöhen, wenn die Vorschrift des § 12 ver-

---

1) Anm. 41 zu § 13.
2) Besonderer Teil, Anm. zu § 12 Entwurf KWG, Abs. VI.
3) Anm. 6 und 7 zu § 13.
4) Anm. 7 zu § 13.
5) 1. Aufl. und 2. Aufl. Anm. 66 zu § 13.
6) Vergl. die jeweiligen Ausführungen zu § 6, und zwar: Entwurf zum KWG, Besonderer Teil Anm. zu § 6; CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 1 zu § 6; ZIMMERER - SCHÖNLE Anm. 2 zu § 6; SZAGUNN - NEUMANN 1. Aufl. Anm. 5 zu § 6; 2. Aufl. Anm. 8 zu § 6.

letzt worden ist, noch einem Kreditinstitut aufgeben, einen bestimmten Teil eines Großkredites oder gar einen genau bezeichneten Großkredit insgesamt zu kündigen, wenn die Relationen der Absätze III und IV des § 13 verletzt worden sind. Ein solcher Verwaltungsakt wäre mangels einer entsprechenden Rechtsgrundlage anfechtbar. Nur wenn durch die Verletzung gleichzeitig die Voraussetzungen für einen Eingriff nach einer Spezialbefugnisnorm des KWG gegeben sind, wären die genannten Auflagen unter Umständen zulässig.

3) Befugnisse des Bundesaufsichtsamtes im einzelnen

Wenn auch das Bundesaufsichtsamt nicht jede sachliche Auflage erteilen kann, die Vorschriften zur Erhaltung einer gesunden Bilanzstruktur einzuhalten, ist damit noch nicht gesagt, daß es sich bei §§ 12 S 1, 13 III, IV nur um unverbindliche Empfehlungen handelt. Eine Überschreitung der genannten Vorschriften kann nämlich in anderem Zusammenhang erhebliche Bedeutung erlangen, und das Bundesaufsichtsamt kann daher nur in besonders begründeten Fällen eine Überschreitung unbeanstandet hinnehmen [1]. So kann bei Überschreitung der im Gesetz genannten Grenzen eine Liquiditätsenge eintreten oder ein Verstoß kann die Frage aufwerfen, ob ein Kreditinstitut noch die Gewähr für die Sicherheit der ihm anvertrauten Vermögenswerte bietet [2].

a) Maßnahmen bei unzureichendem Eigenkapital oder unzureichender Liquidität

Zu einem Verstoß nach § 12 wird von BECK [3] und von SCHORK [4] die Ansicht vertreten, das Bundesaufsichtsamt könne gemäß § 45 I letzter Satz dem betreffenden Kreditinstitut jederzeit untersagen, seine verfügbaren Mittel in Grundstücken, Gebäuden und Schiffen oder Beteiligungen anzulegen. § 12 sei ein Unterfall des § 11 S 1;

---

1) KALKSTEIN Börsenzeitung Nr. 249 v. 31.12.63.

2) So Reg. Begr. zum KWG, Besonderer Teil Anm. zu § 12, Entwurf KWG, Abs. VI a.E..

3) Anm. 110 zu § 12.

4) Anm. 20 zu § 12 und Anm. 2 zu § 46.

die Mittel der Bank seien also bei Verletzung des § 12 S 1 nicht so angelegt, daß jederzeit eine ausreichende Zahlungsbereitschaft gewährleistet ist. Dieses ergebe sich auch aus dem Hinweis in § 45 I letzter Satz, nach welchem das Bundesaufsichtsamt einem Kreditinstitut bei mangelnder Liquidität aufgeben könne, verfügbare Mittel in den in § 12 genannten Werten nicht anzulegen. [1] Obwohl es sich bei Abs. III und IV des § 13 ebenfalls darum handelt, das Kreditvolumen an Großkreditnehmer in einem bestimmten Verhältnis zum Eigenkapital und zum Gesamtkreditvolumen zu halten, wird von niemandem die Ansicht vertreten, es läge in jedem Fall bei Verletzung dieser Vorschriften der Fall eines mangelnden Eigenkapitals oder einer mangelnden Liquidität vor, so daß Maßnahmen nach § 45 immer möglich wären.

Aber auch die Ansicht von BECK und SCHORK a. a. O., bei Verletzung des § 12 läge immer ein Fall mangelnder Liquidität vor, ist nicht richtig. § 12 stellt eine konkrete, starre Bilanzrelation auf, während in § 11 von einer "ausreichenden Zahlungsbereitschaft" gesprochen wird. Durch diese Formulierung ist auf die Festlegung konkreter Mindestsätze verzichtet worden [2]. Es kann zwar durchaus möglich sein, daß eine Bank nicht liquide genug ist, ihre Verbindlichkeiten jederzeit zu erfüllen, wenn das gesamte Eigenkapital in dauernden Anlagen investiert ist. Als Beispiel sei eine Bank mit überwiegend kurzfristigen Einlagen von Großkunden genannt, die eine besonders hohe Liquiditätsreserve halten muß, da ihr im normalen Geschäftsgang ein großer Teil ihrer Einlagen plötzlich abgezogen werden kann. In einem solchen Falle wäre § 12 eventuell eine Konkretisierung der allgemeinen Vorschrift des § 11 Satz 1.

Dieses braucht aber nicht so zu sein. Die Bestimmung des § 12 stellt auf den Buchwert ab. Es läge gewiß kein Fall einer mangelnden Zahlungsbereitschaft vor, wenn zwar der Buchwert der Beteiligungen oder Grundstücke das Eigenkapital überstiege, die Werte aber ein Vielfa-

---

1) SCHORK Anm. 20 zu § 12 schreibt wörtlich: "aufzugeben ... in den in § 12 genannten Werten anzulegen." Es muß sich um einen Druckfehler handeln.

2) SCHREIHAGE Seite 215.

ches des Buchwertes als Tageswert und einen breiten Markt an der Börse hätten [1]. Ein Verkauf eines Teiles der Anlagewerte und damit Realisierung der stillen Reserven zum Zwecke der Herstellung der Bilanzrelation des § 12 S 1 wäre nur dann geschäftlich zu verantworten, wenn ein Bilanzverlust eingetreten wäre, da anderenfalls der Veräußerungsgewinn versteuert werden müßte. Auch wäre denkbar, daß dem Unternehmen gerade dafür langfristig Fremdmittel zur Verfügung gestellt werden, daß es eine Beteiligung erwirbt. Auch in einem solchen Fall ist die Liquidität nicht dadurch beeinträchtigt, daß die dauernden Anlagen in den in § 12 genannten Werten das Eigenkapital des Kreditinstitutes überstiegen.

Schließlich werden in § 45 ausdrücklich nur die Fälle der §§ 10 I und 11 S 1 genannt, nicht aber der Fall des § 12 Satz 1. Auch aus diesem Grunde dürfen Maßnahmen nach § 45 nicht bei jeder Verletzung des § 12 angewendet werden. Dieses gilt bei Verletzungen der Abs. III und IV des § 13 ebenso.

Somit ergibt sich, daß Maßnahmen nach § 45 nur dann bei einer Verletzung des § 12 Satz 1 und der Abs. III und IV des § 13 ergriffen werden können, wenn durch die Überschreitung der durch die Vorschriften festgelegten Grenzen zugleich die Zahlungsbereitschaft des Institutes gefährdet sein würde [2]. Bei einer durch die Verletzung des § 12 entstandenen Liquiditätsenge oder offensichtlich werdender zu geringer Eigenkapitalbasis eignet sich als Maßnahme nach § 45 insbesondere, die Anlage verfügbarer Mittel in Grundstücken, Gebäuden, Schiffen und Beteiligungen zu verbieten. Bei einer durch die Überschreitung der Grenzen des § 13 III und IV hervorgerufenen Gefährdung der Zahlungsbereitschaft käme insbesondere als Maßnah-

---

1) Dem Verfasser ist z.B. ein Bankhaus bekannt, welches eine Schachtelbeteiligung an einem Chemiewerk hält, dessen Börsenkurs ultimo 1966 bei ca. 600% lag, der Buchwert aber einen Durchschnittskurs von 45% ausweist.

2) So für § 12 REISCHAUER - KLEINHANS Anm. 12 zu § 12.

me nach § 45 die Untersagung oder Beschränkung der Kreditgewährung in Betracht. [1]

b) Maßnahmen bei Gefahren für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Kreditinstitutes

Voraussetzung für Maßnahmen des Bundesaufsichtsamtes nach § 46 ist das Vorliegen einer "Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Kreditinstitutes gegenüber seinen Gläubigern, insbesondere für die Sicherheit der ihm anvertrauten Vermögenswerte" (§ 46). § 35 II Nr. 4 spricht nur von einer "Gefahr für die Sicherheit der einem Kreditinstitut anvertrauten Vermögenswerte". Ist keine Gefahr gegeben, so kann das Amt auch keine Maßnahmen nach § 46 oder § 35 II Nr. 4 treffen.

Der Zeitpunkt, von welchem an eine Gefahr vorliegt, läßt sich generell dahingehend bestimmen, daß mit Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, das Kreditinstitut werde ohne staatliche Eingriffe in absehbarer Zeit seine Verpflichtungen nicht mehr erfüllen können [2]. Die betreffende Bank braucht aber noch nicht mit der Erfüllung ihrer Verpflichtungen in Verzug gekommen und Kunden brauchen nicht bereits geschädigt worden zu sein, es genügt vielmehr, daß Tatsachen vorliegen, die auf eine solche Möglichkeit hinweisen [3]. Gefahr im Sinne der §§ 46 und 35 II Nr. 4 ist also eine konkrete Gefahr [4],

---

1) So für § 13 III und IV PRÖHL KWG 1961 Anm. 1 a (Seite 3 Abs. IV) zu § 13; gemäß SZAGUNN - NEUMANN 2. Aufl. Anm. 62 zu § 13 beruft sich das BAK bei Beanstandung der Verletzung des § 13 IV ebenfalls auf § 45. Wenn eine Generalbefugnisnorm bestünde, wäre die Prüfung der Voraussetzungen des § 45 ein unnötiger Umweg zur Durchsetzung der Abs. III und IV des § 13.

2) SCHORK Anm. 19 zu § 35.

3) PRÖHL KWG 1961 Anm. 3 d (Seite 18) zu § 35; REISCHAUER - KLEINHANS Anm. 2 zu § 46.

4) REISCHAUER - KLEINHANS Anm. 1 zu § 46; ZIMMERER - SCHÖNLE Anm. 1 zu § 46; SCHORK Anm. 1 zu § 46; CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 2 zu § 46; PRÖHL KWG 1961 Anm. 3 (Seite 18) zu § 35; Ber. Wi. Aus. XIV zu §§ 44 bis 47, Anm. 2 (Abs. II); SZAGUNN - NEUMANN 2. Aufl. Anm. 3 zu § 46.

und nicht eine in Zukunft liegende, irgendwann sich möglicherweise einmal realisierende Gefährdung der Gläubiger.

Kann nun eine konkrete Gefahr darin liegen, daß die dauernden Anlagen eines Kreditinstitutes in Grundstücken, Gebäuden, Schiffen und Beteiligungen nach den Buchwerten berechnet das haftende Eigenkapital übersteigen (§ 12 S 1), oder Großkredite zusammen mehr als die Hälfte des Betrages aller Kredite des Kreditinstitutes ausmachen (§ 13 III), oder ein einzelner Großkredit das haftende Eigenkapital des Kreditinstitutes übersteigt (§ 13 IV)? In der Literatur wird beispielhaft als mögliche Ursache einer konkreten Gefahr sowohl der Fall einer ungenügenden Kreditstreuung genannt [1], als auch der Fall einer Gefahr aus übernommenen dauernden Beteiligungen [2].

Eine konkrete Gefahr durch dauernde Anlage von Mitteln in Grundstücken, Gebäuden, Schiffen und Beteiligungen in Höhe des Eigenkapitals ist dann gegeben, wenn akut die Möglichkeit besteht, daß die Werte nicht mehr oder nur unter großen Verlusten realisierbar sind, und die Verluste bei Veräußerung so erheblich werden können, daß ein großer Teil des Eigenkapitals oder sogar das gesamte Eigenkapital als Risikopolster verloren zu gehen droht. Eine solche Situation kann eintreten, wenn die Beteiligungsfirmen mit Verlusten arbeiten oder die Schiffe nicht mehr rentabel fahren. Vor allem aber muß die Frage einer konkreten Gefahr sofort dann geprüft werden, wenn das betreffende Kreditinstitut weitere Barbeträge einschießt, um seine Beteiligung zu retten oder Abschlüsse zu Frachtraten tätigt, die keinesfalls mehr Kosten und Abschreibungen decken, nur um den Schiffspark in Fahrt zu halten und so die Verluste zu mindern [3].

---

1) SCHORK Anm. 20 zu § 35; PRÖHL KWG 1961 Anm. 3 d (Seite 18) zu § 35; REISCHAUER - KLEINHANS Anm. 2 zu § 46; CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 6 zu § 13, SZAGUNN - NEUMANN 1. Aufl. Anm. 9/10 zu § 46.

2) PRÖHL KWG 1961 Anm. 3 d (Seite 18) zu § 35.

3) Dieser Fall war in den Jahren 1966/67 in der deutschen Binnenschiffahrt gegeben. Ältere Schiffe waren praktisch unverkäuflich. Die Frachtraten deckten keinesfalls die Kosten. Vergl. hierzu Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 177 v. 3.8.1966 Seite 17, "Pfändungswelle in der Binnenschiffahrt".

Bei einer Anlage in Gebäuden und Grundstücken ist das Vorliegen einer konkreten Gefahr sehr viel unwahrscheinlicher, da das Risiko besser kalkulierbar ist. Die Anlagewerte unterliegen nicht so großen Bewertungsschwankungen. Es ist kaum eine Situation denkbar, in welcher der Eigentümer von Grundbesitz zusätzliche Mittel bar aufwenden muß, um den Substanzwert zu erhalten. Auch hat er - normale Verhältnisse vorausgesetzt - die Möglichkeit, den Grundbesitz langfristig zu belasten [1].

Eine konkrete Gefahr durch ungenügende Kreditstreuung, speziell durch Verletzung der Absätze III und IV des § 13, ist nur dann gegeben, wenn der Augenblick absehbar ist, in welchem ein oder mehrere Großkredite ausfallen. Ist dem Bundesaufsichtsamt bekannt, daß ein Großkreditnehmer illiquide wird oder überschuldet ist, hat es zu prüfen, ob der Fall einer konkreten Gefahr für die kreditgebende Bank gegeben ist. Eine solche Gefahr braucht aber in einer solchen Situation nicht gegeben zu sein. Die Firma Borgward GmbH war z.B. Kreditnehmerin einer Hamburger Bank in Höhe von nahezu 100% der eigenen Mittel dieser Bank. Ca. 6 Monate nach Konkurseröffnung der Firma Borgward waren die gesamten Kredite auf Grund von Zahlungseingängen der ausländischen Importeure abgedeckt. In diesem Fall war die Konkurseröffnung sogar noch ein Geschäft für die Bank, da sie statt der (niedrigen) vereinbarten Zinsen vom Tage der Konkurseröffnung an die üblichen Zinsen verlangen konnte, insbesondere zusätzlich Überziehungsprovision [2]. - Eine konkrete Gefahr bei ungenügender Kreditstreuung liegt also nur dann vor, wenn ein oder mehrere Großkredite mit großer Wahrscheinlichkeit nicht mehr zu realisieren sind; dabei muß auch die Realisierbarkeit der Sicherheiten berücksichtigt werden.

Eine Gefahr im Sinne von §§ 46 und 35 II Nr. 4 liegt mithin bei Verletzung gegen § 12 Satz 1 und die Absätze III und IV des § 13 dann

---

1) Theoretisch besteht diese Belastungsmöglichkeit bei Schiffen ebenfalls. Nur wird diese Maßnahme bedenklich, wenn schon nicht die Kosten eingefahren werden. Keinesfalls kann das Schiff noch die Zinsen und die Amortisationen der Hypotheken in einem solchen Fall einbringen.

2) vergl. Nrn. 17, 18 I, 14 II, 18 II der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Geschäftsbanken.

vor, wenn durch den Verstoß konkret die Möglichkeit besteht, daß ein großer Teil der eigenen Mittel des Bankhauses verloren zu gehen droht. Insoweit wird gleichzeitig ein Verstoß gegen § 10 I 1 vorliegen, da das Eigenkapital als Risikopolster nicht mehr ausreichend ist. Zugleich ist eine Liquiditätskrise denkbar, wenn nämlich ein zu großer Teil der anderen Aktiva der Bank nicht kurzfristig realisierbar ist.

Damit läßt sich auch das Verhältnis der Maßnahmen nach § 45 und nach § 46 bestimmen: Beruht eine konkrete Gefahr auf zu geringem Eigenkapital [1] oder mangelnder Liquidität [2], was möglicherweise bei Verletzung der §§ 12 S 1, 13 III, IV vorliegen kann, so stellt § 46 dann eine Ergänzung zu den Maßnahmen nach § 45 dar, wenn durch die Liquiditätsenge oder den Verlust eines großen Teiles des Eigenkapitals eine konkrete Gefahr entstanden ist [3]. Die nach § 45 zulässigen Maßnahmen sind demnach auch dann nach § 46 zulässig, allerdings ohne die in § 45 Abs. II 2 vorgesehene Frist [4].

---

1) Von SCHORK Anm. 20 zu § 35 als Beispiel einer konkreten Gefahr erwähnt.

2) Von CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 2 zu § 46, PRÖHL KWG 1961 Anm. 3 d (Seite 18) zu § 35; REISCHAUER - KLEINHANS Anm. 2 zu § 46 und SCHORK Anm. 20 zu § 35 als Beispiel für eine konkrete Gefahr genannt.

3) Deshalb ist SZAGUNN - NEUMANN 1. Aufl. Anm. 3 und 4 zu § 46 nicht zu folgen, die ausnahmslos § 46 nicht als Ergänzung des § 45 ansehen. In der 2. Aufl. Anm. 2 zu § 46 wird diese Meinung nicht mehr vertreten. Allerdings darf man nicht so weit gehen wie CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 7 zu § 35, die erst dann eine konkrete Gefahr annehmen wollen, wenn die Passiva des Kreditinstitutes seine Aktiva um einen Betrag übersteigen, der größer ist als das haftende Eigenkapital der Bank einschließlich der etwa zuzurechnenden Vermögenseinlagen stiller Gesellschafter und dem etwaigen freien Vermögen der Gesellschafter. In einem solchen Fall liegt nicht nur bereits eine konkrete Gefahr für Verluste der Gläubiger vor, sondern es sind bereits tatsächliche Verluste für die Gläubiger eingetreten, da bei dem Kreditinstitut höhere Verbindlichkeiten als Vermögen vorhanden sind.

4) SZAGUNN - NEUMANN 2. Aufl. Anm. 2 a.E. zu § 46; SCHORK Anm. 2 zu § 46.

Maßnahmen nach § 46 sind als Vorstufe zur letzten Zwangsmaßnahme, der Erlaubnisrücknahme, nach § 35 II Nr. 4 gedacht [1]. Zusätzliche Voraussetzung für die Erlaubnisrücknahme nach § 35 II Nr. 4 ist nur, daß die Gefahr durch andere Maßnahmen nach dem KWG nicht abgewendet werden kann (§ 35 II Nr. 4 letzter Halbs.). Ob das Bundesaufsichtsamt die Erlaubnis zurücknimmt, liegt im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens [2]. Ob allerdings die Gefahr durch andere Maßnahmen noch abgewendet werden kann, läßt sich generell nicht beantworten. Verlangt das Amt z.B. eine Kreditkündigung als Maßnahme im Rahmen des § 46, so kann dieses erfolglos sein, weil gerade dieser Kredit zur Zeit eingefroren ist. Hätte das Bundesaufsichtsamt aber die Kündigung eines anderen Kredites verlangt, wäre die Gefahr vielleicht abgewendet worden, da durch prompteste Rückzahlung die Liquiditätskrise z.B. überwunden worden wäre. Die Frage also, wann andere Maßnahmen erfolglos sind, läßt sich nur im Einzelfall entscheiden. Meistens wird es allerdings so sein, daß das Kreditinstitut auf Grund des steigenden Vertrauensverlustes kaum mehr durch andere einstweilige Maßnahmen zu retten sein wird, wenn die ersten "einstweiligen Maßnahmen" des Aufsichtsamtes nach § 46 keinen Erfolg gebracht haben.

c) Die Abberufung von Geschäftsleitern

§ 36 II sieht vor, daß das Bundesaufsichtsamt die Abberufung eines Geschäftsleiters verlangen kann, wenn dieser vorsätzlich oder leichtfertig gegen die Bestimmungen des KWG, die zu seiner Durchführung erlassenen Verordnungen oder gegen Anordnungen des Bundesaufsichtsamtes verstoßen hat und trotz Verwarnung durch das Amt dieses Verhalten fortsetzt. Die Vorschrift stellt also praktisch eine Generalklausel

---

1) Regierungs - Begründung, Besonderer Teil, Anm. zu § 45 Entwurf KWG, Abs. III; SCHORK Anm. 1 zu § 46.
Diese Ansicht ist bestritten. PRÖHL Anm. 1 (Seite 2) zu § 46 nimmt an, § 35 II Nr. 4 komme überhaupt nur bei Gefährdung der Sicherheit der einem Kreditinstitut anvertrauten Vermögenswerte zur Anwendung, während Maßnahmen nach § 46 auch ergriffen werden könnten, wenn eine Gefahr für die Erfüllung sonstiger Verbindlichkeiten gegeben sei. Hiergegen überzeugend SCHORK Anm. 18 zu § 35.

2) SZAGUNN - NEUMANN 2. Aufl. Anm. 28 zu § 35.

zur Durchsetzung des Gesetzes dar, wobei allerdings als Maßnahme nur die Abberufung eines Geschäftsleiters verlangt werden kann. Diese Bestimmung soll die Wirksamkeit der Vorschriften erhöhen, für die der Entwurf keine unmittelbare Sanktion vorsieht [1]. So wird auch allgemein angenommen, daß sich § 36 II dafür eignet, die Einhaltung der §§ 12 Satz 1 [2] und § 13 III und IV [3] durchzusetzen.

Die Voraussetzungen für eine Maßnahme nach § 36 Abs. II sind folgendermaßen:

1) Der Geschäftsleiter muß objektiv gegen die in § 36 II angegebenen Vorschriften verstoßen haben,
2) dieses muß er vorsätzlich oder leichtfertig getan haben,
3) er muß deshalb vom Bundesaufsichtsamt verwarnt worden sein und
4) muß trotzdem sein Verhalten fortsetzen.

Verletzt ein Geschäftsleiter die Vorschriften der §§ 12 S 1, 13 III, 13 IV, so hat er objektiv gegen Bestimmungen des KWG verstoßen. Dieser Verstoß muß aber schuldhaft erfolgt sein [4]; der Text des Gesetzes der von einem "vorsätzlichen" Verstoß bzw. einem "leichtfertigen" Verstoß spricht, ist insoweit nicht eindeutig, wie sich aus folgenden Überlegungen ergibt.

Ein für eine Sanktion nach § 36 II vorauszusetzendes Handeln kann nur dann vorliegen, wenn nicht begründete Interessen der Bank und ihrer Gläubiger für den Verstoß gegen die genannten Bestimmungen

---

1) Amtliche Begründung zum KWG, Bes. Teil Anm. zu § 35 Abs. II Entwurf KWG; SZAGUNN - NEUMANN 1. Aufl. Anm. 23 zu § 36, 2. Aufl. Anm. 17 zu § 36; STARKE, Neuregelung der Bankenaufsicht ... Seite 30.

2) Zur Durchsetzung des § 12 S 1 mit Hilfe des § 36 II: ZIMMERER - SCHÖNLE Anm. 4 zu § 36; SZAGUNN - NEUMANN 2. Aufl. Anm. 2 zu § 12; SCHORK Anm. 21 zu § 12.

3) Zur Durchsetzung des § 13 III, IV mit Hilfe des § 36 II: SCHORK Anm. 42 zu § 13; CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 6 zu § 13.

4) PRÖHL KWG 1961 Anm. 3 (Seite 12) zu § 36; BECK Anm. 108 zu § 12.

gesprochen haben. Verlangt z.B. ein "Vorzugskunde" des Kreditinstitutes eine kurzfristige Ausweitung des Kredites für eine bestimmte Transaktion, wird sich kein Bankier diesem Wunsch entziehen können, selbst wenn er dabei die Grenze des § 13 III oder des § 13 IV verletzen sollte. Dieses gilt besonders für jene Kunden, welche - vor allem auf Grund Drängens der Bank - nur eine einzige Bankverbindung unterhalten. Als Beispiel für einen gerechtfertigten Verstoß gegen § 12 S 1 soll folgender Fall genannt werden: Eine Bank hält eine Schachtelbeteiligung. Auf Grund einer Kapitalerhöhung bei der Beteiligungsfirma würde sie das Schachtelprivileg verlieren, wenn sie auf die Übernahme der jungen Aktien verzichtete. Es wäre eine geschäftlich nicht zu vertretene Entscheidung, die Kapitalerhöhung nicht mitzumachen, obwohl bei Übernahme der Aktien die Grenze des § 12 überschritten würde.

Aus den Beispielen ergibt sich, daß ein "vorsätzlicher" Verstoß nicht mit einem "schuldhaften" Verstoß gleichzusetzen ist. Schuldhaftes Verhalten des Geschäftsleiters muß aber verlangt sein, wie sich auch aus dem Begriff "leichtfertig" in § 36 II ergibt.

Erfährt das Bundesaufsichtsamt von einem geschäftlich nicht gerechtfertigten Verstoß gegen die Vorschriften §§ 12 S 1 und 13 III und IV, muß es, um eine Maßnahme nach § 36 II vorzubereiten, den betreffenden Geschäftsleiter verwarnen. Für den Inhalt der Verwarnung wird zu verlangen sein, daß sie nicht bloß einen allgemeinen Hinweis enthält, der Verwarnte habe verschiedentlich gegen Bestimmungen des KWG verstoßen, sondern daß der maßgebende Verstoß angeführt ist [1].

Entscheidende letzte Voraussetzung für eine Maßnahme nach § 36 II ist, daß der Geschäftsleiter trotz der Verwarnung sein "Verhalten" fortsetzt. SZAGUNN - NEUMANN [2] sehen in dem vom Gesetz verlangten Verhalten einen durch wiederholte Begehung erkennbaren Hang zu solchen Verstößen. Demnach erfülle ein einmaliger Verstoß nie die Voraussetzungen des § 36 II. BECK [3] ist der Ansicht, das "Verhalten" könne auch in einem Unterlassen bestehen. Ein Geschäftsleiter kann z.B. unterlassen, nach Verstoß gegen die Vorschriften

---

1) PRÖHL KWG 1961 Anm. 3 (Seite 12) zu § 36.

2) 1. Aufl. Anm. 27 zu § 36, 2. Aufl. Anm. 21 zu § 36.

3) Anm. 108 zu § 12.

über die Bilanzrelationen, welche ja auch dadurch unverschuldet eintreten können, daß sich das Kapital der Bank durch Verluste gemindert hat, Maßnahmen zu treffen, die geeignet sind, den gesetzlichen Anforderungen wieder zu genügen.

Der letzten Ansicht ist bei Verstoß gegen die hier untersuchten Vorschriften zu folgen; ein "Verhalten" im Sinne des § 36 II liegt auch dann vor, wenn ein bewußter oder durch geschäftliches Mißgeschick unverschuldet verursachter Verstoß gegen § 12 und § 13 III, IV nicht innerhalb einer bestimmten Zeit korrigiert wird. Der Geschäftsleiter hat entweder die Möglichkeit, bei Verstoß gegen § 12 S 1 eine Ausnahmegenehmigung gemäß § 12 S 2 zu beantragen, oder sein Kapital zu erhöhen oder einen Teil der dauernden Anlagen zu veräußern. Bei Verstoß gegen § 13 III, IV hat er darzulegen, daß es sich um eine außergewöhnliche, den Interessen der Bank und ihrer Kunden nicht zuwiderlaufende Transaktion handelt. Sein Verhalten wird erst dann gesetzwidrig, wenn er es unterläßt, Maßnahmen einzuleiten, die dazu bestimmt sind, die gesetzlichen Vorschriften wieder zu wahren. Das wäre der Fall, wenn er bei Verstoß gegen § 12 S 1 keine Maßnahme zur Wiederherstellung der gesetzlichen Bestimmungen träfe, nämlich Beantragung einer Ausnahmegenehmigung und anschließend Aufstockung der eigenen Mittel, evtl. durch Aufnahme eines neuen Partners, oder durch Verkauf eines Teiles der dauernden Anlagen. Bei Verstoß gegen § 13 III und IV läge ein gesetzwidriges Verhalten bei Prolongierung des Kredites vor, der nur als eine einmalige Überschreitung des Limits gedacht war, ohne die eigenen Mittel aufzustocken. Eine vom Bundesaufsichtsamt ausgesprochene Verwarnung auf Grund des gesetzwidrigen Verhaltens wird aber in aller Regel eine Anwendung des einschneidenden Zwangsmittels nach § 36 II überflüssig machen [1].

Auf Abberufungsverlangen des Bundesaufsichtsamtes nach § 36 I oder Entziehung der Konzession nach § 35 II Nr. 3 auf Grund Unzuverlässigkeit eines Geschäftsleiters soll nicht näher eingegangen werden, da diese Maßnahmen dazu bestimmt sind, unseriöse Elemente aus dem Bankgeschäft fernzuhalten, nicht aber dazu dienen, primär als Druckmittel für die Einhaltung der Vorschriften des KWG angewendet zu werden [2].

---

1) FRICK Seite 211.

2) Über das Verhältnis von § 36 II zu § 36 I vergl. SCHORK Anm. 14 zu § 36 und PRÖHL KWG 1961 Anm. 3 (Seite 10) zu § 36.

4) Zwischenergebnis

Bei einer Verletzung der §§ 12 S 1, 13 III, IV ist Anlaß gegeben, die Liquiditätslage und die Eigenkapitalbasis der Bank zu prüfen; bei schweren Verstößen und ungünstiger Entwicklung der Beteiligungen und Großkredite ist die Frage zu prüfen, ob eine konkrete Gefahr für die Gläubiger der Bank besteht. Liegen weder eine konkrete Gefahr noch eine Liquiditätskrise oder Kapitalkrise schwächerer Art vor, so kann die Einhaltung der Vorschriften nur durch Einflußnahme auf die Geschäftsleiter mit der ultima ratio der Abberufung nach § 36 II erzwungen werden. Sachliche Maßnahmen sind mangels einer gesetzlichen Ermächtigung in diesen Fällen nicht möglich, wenn § 6 I nicht als Befugnisnorm angesehen wird.

II) BEFUGNISSE ZUR DURCHSETZUNG EINER KREDITGEWÄHRUNG NACH SACHGERECHTEN GRUNDSÄTZEN
(Durchsetzbarkeit der §§ 13 II 1, 15 I, II, 15 IV 1 und 2, V und 18)

Kreditverluste haben häufig ihre Ursache darin, daß bei Kreditein-räumung die Bonität des Schuldners, die Realisierbarkeit der angebotenen Sicherheiten und die Güte des finanzierten Geschäftes nicht ausreichend untersucht werden. Die jetzt zu behandelnden Pflichten der Banken dienen dazu, der Kreditgewährung möglichst genaue Prüfungen des Kreditnehmers und seines kreditierten Geschäftes vorangehen zu lassen. - Großkredite, d.h. Kredite, welche 15% des haftenden Eigenkapitals des Kreditinstitutes übersteigen (§ 13 I 1), dürfen nur auf Grund eines einstimmigen Beschlusses sämtlicher Geschäftsleiter gewährt werden (§ 13 Abs. II S 1). Kredite an dem Kreditinstitut nahestehende Personen oder Firmen dürfen ebenfalls nur auf Grund eines einstimmigen Beschlusses sämtlicher Geschäftsleiter und teilweise zusätzlich nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Aufsichtsorgans der Bank gewährt werden (Absätze I und II des § 15). Diese Beschlüsse müssen vor der Kreditgewährung gefaßt werden (§ 15 IV 1). Bei den Krediten an Personen oder Firmen, die dem Kreditinstitut nahestehen, ist die Gefahr der Vernachlässigung der Sorgfaltspflichten besonders groß; es können leicht Kredite verauslagt werden, welche ohne die wirtschaftlichen und persönlichen Beziehungen der Kreditnehmer zu der Bank nicht gewährt worden wären und nach bank-

wirtschaftlichen Gesichtspunkten auch nicht gerechtfertigt wären [1].

Schließlich haben sich die Banken von den Kreditnehmern bei Kreditgewährung von insgesamt mehr als DM 20.000,-- die Jahresabschlüsse vorlegen zu lassen (§ 18). Diese Vorschrift ist ebenfalls geeignet, vorschnelle Kreditierungen an Personen oder Firmen, die nicht die erforderliche Bonität haben, zu verhüten.

Welche Möglichkeiten hat nun das Bundesaufsichtsamt, bei Verletzung einer dieser Bestimmungen gegen das Kreditinstitut vorzugehen?

1) Die zur generellen Durchsetzbarkeit vertretenen Meinungen

Zur Durchsetzbarkeit der einzelnen Vorschriften werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Um einen besseren Überblick zu bekommen, sollen die Meinungen zu den einzelnen Vorschriften getrennt voneinander dargestellt werden, soweit die Frage der generellen, zu jedem Zeitpunkt möglichen Durchsetzbarkeit geprüft wird.

a) Unmittelbare Durchsetzbarkeit des § 13 II 1

SCHORK [2] und ebenso SZAGUNN - NEUMANN [3] vertreten die Ansicht, daß Großkredite, welche ohne einstimmigen Gesellschafterbeschluß gewährt worden sind, in besonders gravierenden Fällen auf Anordnung des Bundesaufsichtsamtes vom Kreditinstitut gekündigt werden müßten, wenn ein einstimmiger Beschluß auch nachträglich nicht erreichbar ist. Das Interesse des Kreditnehmers müsse hinter dem Interesse der Gläubiger des Kreditinstitutes zurücktreten. Eine solche Verfügung des Bundesaufsichtsamtes wäre nach Unanfechtbarkeit gemäß § 50 mit Zwangsmitteln durchsetzbar.

Die gegenteilige Meinung wird in der amtlichen Begründung zum

---

1) MÖHRING - RITTERSHAUSEN Seite 42; OBST - HINTNER Seite 391.

2) Anm. 39 zu § 13.

3) 1. Aufl. Anm. 50 zu § 13 und 2. Aufl. Anm. 54 zu § 13.

KWG [1], von CONSBRUCH - MÖLLER [2] und von ZIMMERER - SCHÖNLE [3] vertreten: Die Nichtbeachtung des § 13 II 1 berühre die zivilrechtliche Gültigkeit des Rechtsgeschäftes nicht und unterliege auch keiner unmittelbaren öffentlich-rechtlichen Sanktion. Das Gesetz habe sich weitgehend mit bloßen Sollvorschriften begnügt und keine Verbote ausgesprochen [4].

b) Unmittelbare Durchsetzbarkeit des § 15

Zur Frage der unmittelbaren Durchsetzbarkeit des § 15 wird nicht konkret Stellung genommen. Lediglich CONSBRUCH - MÖLLER [5], SCHORK [6] und die amtliche Begründung zum KWG [7] sprechen davon, daß ein öffentlich-rechtlicher Verstoß bei Nichtbeachtung der Vorschrift vorläge, der auch durch eine nachträgliche Beschlußfassung nicht beseitigt werden könnte. CONSBRUCH - MÖLLER a. a. O. führen aus, der Verstoß "habe öffentlich-rechtliche Folgen". Die Art der Folgen werden aber nicht genannt.

Wenn zu den Absätzen III und IV des § 13 die Ansicht vertreten wird, bei gravierenden Verstößen könne das Bundesaufsichtsamt die Rückzahlung vom Kreditinstitut verlangen [8], müßte zu § 15 konsequenterweise angenommen werden, das Amt könne zum mindesten in den in § 15 V genannten Fällen durch befehlenden Verwaltungsakt verlangen, daß die Rechtsfolge des § 15 V einzuhalten und somit der Kredit zurückzuzahlen sei. Vielleicht ist diese Ansicht in der amtlichen Begründung [9] gemeint, wenn davon gesprochen wird, daß die Pflicht seitens des Kunden zur Rückzahlung der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung des Kreditinstitutes entspreche, einen solchen Kredit zurückzufordern. Die ganz herrschende Meinung steht aber auf dem Standpunkt, die Rechtsfolge des § 15 V sei nur zivilrechtlicher Natur;

---

1) Besonderer Teil, Anm. zu § 12 Entwurf KWG, Abs. V.
2) Anm. 5 (Seite 107) zu § 13.
3) Anm. 8 zu § 13.
4) MÖHRING - RITTERSHAUSEN Seite 37.
5) Anm. 3 a.E. zu §§ 15/16.
6) Anm. 43 zu § 15.
7) Besonderer Teil, Anm. zu § 14, Entwurf KWG, Abs. VI.
8) Siehe oben Seiten 74 f, spez. Anm. 7 S. 74 u. Anm. 1 S. 75.
9) Besonderer Teil Anm. zu § 14 Entwurf KWG, Abs. VI.

der Kreditnehmer werde verpflichtet, den Kredit zurückzuzahlen [1]. An keiner Stelle wird ausgeführt, das Bundesaufsichtsamt könne durch befehlenden Verwaltungsakt einer Bank aufgeben, einen entgegen der Vorschrift des § 15 hinausgelegten Kredit zurückzufordern.

c) Unmittelbare Durchsetzbarkeit des § 18

Das Bundesaufsichtsamt steht auf dem Standpunkt, es könne einem Kreditinstitut aufgeben, die Bilanzen vor Kreditgewährung einzufordern und einen solchen Verwaltungsakt - nach Unanfechtbarkeit - im Wege des Verwaltungszwanges gemäß § 50 mit Zwangsmitteln durchsetzen [2]. Von einem Teil der Literatur wird die unmittelbare Durchsetzbarkeit angenommen, andere lehnen die Durchsetzbarkeit ab, während wieder andere schließlich eingehend auf die wirtschaftliche und rechtliche Problematik der Durchsetzbarkeit hinweisen und kein abschließendes Urteil fällen.

Die Durchsetzbarkeit des § 18 nach vorheriger Androhung wird bejaht von SZAGUNN - NEUMANN [3], SCHORK [4] und REISCHAUER - KLEINHANS [5]. Letztere berufen sich ausdrücklich auf die Befugnisnorm des § 6 I. BADING - HOLZER - WIRSCHING [6] verweisen nur

---

1) Vergleiche ZIMMERER - SCHÖNLE Anm. 13 zu § 15; SZAGUNN - NEUMANN, 2. Aufl. Anm. 19 zu § 15; REISCHAUER - KLEINHANS Anm. 23 zu § 15; PRÖHL KWG 1961 Anm. 8 (Seite 64) zu § 15; CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 3 a.E. zu §§ 15/16; SCHORK Anm. 43 zu § 15 spricht ausdrücklich von den "zivilrechtlichen Folgen des § 15 V". Zum Streit über die Art der zivilrechtlichen Folgen des § 15 V im einzelnen vergl. ZIMMERER - SCHÖNLE Anm. 13 zu § 15 einerseits und CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 3 a.E. zu §§ 15/16 sowie PRÖHL KWG 1961 Anm. 8 (Seite 64) zu § 15 andererseits.

2) Vergl. Mitteilung Nr. 1/62 des BAK vom 30.10.62 Gesch. Nr. I 2 - 237, abgedruckt bei CONSBRUCH - MÖLLER Text, Nr. 419.

3) 2. Aufl. Anm. 11 zu § 18.

4) Anm. 21 zu § 18.

5) Anm. 7 § 18; in Anm. 15 zu § 18 berufen sich die Autoren ausdrücklich auf die Generalbefugnisnorm des § 6 I.

6) Anm. zu § 18.

auf die Mitteilung des Bundesaufsichtsamtes 1/62, haben also an der Durchsetzbarkeit keinen Zweifel.

Andererseits führen MÖHRING - RITTERSHAUSEN [1] zu § 18 aus, das Gesetz sehe für die Unterlassung der Prüfung der Bilanzen keine Ordnungsstrafe oder sonstige unmittelbare Maßnahme vor. Auch ZIMMERER - SCHÖNLE [2] nehmen eine unmittelbare Durchsetzbarkeit der Vorschrift nicht an.

Schließlich haben CONSBRUCH - MÖLLER [3] und MUTHESIUS [4] erhebliche Zweifel an der unmittelbaren Durchsetzbarkeit des § 18. Die zu diesen Zweifeln führenden wirtschaftlichen Überlegungen sind im 2. Kapitel dargestellt worden [5]. Rechtlich wird eingewendet, daß das Kreditinstitut seine Kunden nicht zur Bilanzvorlage zwingen könne und darum nach Verweigerung der Bilanzvorlage durch den Kunden nur die Wahl zwischen zwei gleichermaßen unangenehmen Möglichkeiten hätte: Entweder macht es sich einer Gesetzesverletzung schuldig, oder es verliert einen Kunden [6]. Auch dürfte es nur selten möglich sein, eine auf die Befolgung des Gebotes des § 18 zielende Aufsichtsverfügung so ausreichend zu konkretisieren, daß sie mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden kann [7].

2) Der eigene Standpunkt

Auf Grund der bisherigen Ausführungen soll angenommen werden, daß dem Bundesaufsichtsamt keine Generalbefugnis zur Durchsetzung sämtlicher Normen des Kreditwesengesetzes zur Seite steht. Damit kann nur der Meinung gefolgt werden, welche die unmittelbare Durchsetzbarkeit des § 13 Abs. II S 1, des § 15 und des § 18 verneint. Das Bundesaufsichtsamt kann also nicht durch Verwaltungsakt verlangen, daß Kredite, welche entgegen den genannten Bestimmungen hinausgelegt

---

1) Seite 47.
2) Anm. 3 zu § 18.
3) Anm. 5 zu § 18.
4) Seiten 61 ff.
5) Siehe Seiten 52 ff, spez. Seite 53.
6) So MUTHESIUS Seite 62.
7) So CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 5 a.E. zu § 18.

worden sind, gekündigt werden, wenn nicht zusätzliche Voraussetzungen für die besonderen Eingriffsbefugnisse vorliegen. Die in § 15 V bei Verletzung des § 15 Abs. I S 1 Nrn. 1 bis 6, Absatz II und Absatz IV ausgesprochene Rechtsfolge ist demnach auch nur privatrechtlich von Bedeutung.

3) Die Befugnisse des Bundesaufsichtsamtes im einzelnen

Die Befugnisse des Bundesaufsichtsamtes zur Durchsetzung der Vorschriften §§ 13 II 1, 15 I, II, 15 IV 1 und 2 sowie 18 beschränken sich unter der Voraussetzung, daß § 6 Abs. I keine Generalbefugnisnorm ist, auf Maßnahmen bei konkreter Gefahr und Maßnahmen auf Grund Unbotmäßigkeit der Geschäftsleiter.

a) Maßnahmen bei Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Kreditinstitutes

Eine konkrete Gefahr ist dahingehend definiert worden, daß ohne staatliche Eingriffe mit Wahrscheinlichkeit damit gerechnet werden muß, daß das Kreditinstitut in absehbarer Zeit seine Verpflichtungen nicht mehr erfüllen kann [1]. Allein durch Verletzung der Vorschriften über die Beschlußfassung (§§ 13 II, 15) oder über die Bilanzvorlage vor Kreditgewährung (§ 18) kann niemals eine konkrete Gefahr für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des betreffenden Bankhauses eintreten. Trotz Verletzung dieser Vorschriften kann der Kreditnehmer "1. Adresse" und die hereingenommenen Sicherheiten als vollwertig anzusehen sein.

Wenn die Kredite aber ungenügend gesichert sind [2] oder die Kunden bonitätsmäßig nicht den Anforderungen im Hinblick auf die Höhe des Kredites entsprechen, wird die Frage vom Amt zu prüfen sein, ob durch die Kreditgewährung eine konkrete Gefahr für die Erfüllung der Verbindlichkeiten entstanden ist. Bei Vorliegen der Gefahr werden

---

1) Siehe oben Seiten 79 ff.

2) Eine solche Ursache für eine "Gefahr" führen SZAGUNN - NEUMANN 1. Auflage, Anm. 11 zu § 46 als Beispiel auf.

Maßnahmen nach § 46 ergriffen und schließlich als letzte Möglichkeit die Erlaubnis zurückgenommen werden müssen (§ 35 II Nr. 4). Vor Eintritt der Gefahr sind aber sachliche Maßnahmen des Bundesaufsichtsamtes nicht möglich.

b) Die Abberufung von Geschäftsleitern

Es wird allgemein angenommen, daß § 36 II eine geeignete Grundlage für die Durchsetzung des § 13 II [1], des § 15 [2] und des § 18 [3] ist. Bei Nichtbeachtung einer dieser Vorschriften liegt objektiv ein Verstoß gegen Bestimmungen des KWG vor, welcher praktisch immer durch vorsätzliches aktives Handeln - nämlich der Kreditgewährung - erfolgt ist.

Der Verstoß braucht aber nicht schuldhaft zu sein und die Voraussetzung des § 36 II schon aus diesem Grunde nicht gegeben zu sein. Ein Verstoß gegen § 13 II 1 oder gegen § 15 kann auf Grund der Eilbedürftigkeit des Geschäftes gerechtfertigt sein (§ 13 II 3, § 15 IV 4); praktisch sind aber diese Fälle kaum denkbar, es sei denn, es läge bei dem Kreditnehmer eine unverschuldete, plötzliche Liquiditätsenge vor, welche darüberhinaus nicht auf Grund zu schwacher eigener Mittel des Kreditnehmers entstanden ist.

In der Regel ist aber, wenn ein Kunde "eilbedürftig" einen Kredit benötigt, doppelte Vorsicht und genaue Absprache der Geschäftleiter untereinander geboten. - Eine Verletzung des § 18 Satz 1 ist dann gerechtfertigt, wenn das Verlangen nach Offenlegung im Hinblick auf die gestellten Sicherheiten oder auf die Mitverpflichteten offensichtlich unbegründet wäre, (§ 18 Satz 2). Ist der Bankier der Ansicht, das Geschäft würde sich risikolos auf Grund der Sicherheiten oder Mitver-

---

1) Amtliche Begründung, Bes. Teil, Anm. zu § 12 Entwurf KWG Abs. V; SZAGUNN - NEUMANN, 1. Aufl. Anm. 50 zu § 13, 2. Aufl. Anm. 54 a.E. zu § 13; CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 5 zu § 13; PRÖHL KWG 61 Anm. 3 (Seite 17) zu § 13.

2) SCHORK Anm. 43 zu § 15.

3) SZAGUNN - NEUMANN 2. Aufl. Anm. 11 zu § 18; SCHORK Anm. 21 zu § 18; ZIMMERER - SCHÖNLE Anm. 3 zu § 18.

pflichteten und auf Grund der eingeschätzten Bonität des Kunden - trotz Unkenntnis der Bilanzen - abwickeln, kann ein Verstoß gegen § 18 Satz 1 insoweit kein gesetzwidriges Handeln im Sinne von § 36 II begründen.

Handelte der Geschäftsleiter schuldhaft, gewährte er also z.B. einen Blankokredit über DM 20.000. -- ohne vorherige Bilanzvorlage (Verstoß nach § 18) oder einen Groß- bzw. Organkredit ohne vorherige Herbeiführung des einstimmigen Beschlusses sämtlicher Geschäftsleiter, ohne daß der Kredit eilbedürftig war (Verstoß gegen § 13 II 1, 15 IV 1), und wurde er deswegen vom Bundesaufsichtsamt verwarnt, ist letzte Voraussetzung für eine Maßnahme nach § 36 II, daß der Geschäftsleiter sein "Verhalten" fortsetzt. Die "Fortsetzung des Verhaltens" kann bei den hier genannten Verstößen nur darin bestehen, daß der Geschäftsleiter abermals einen Verstoß gegen die Beschlußfassungs- und Bilanzvorlagevorschriften begeht bei Gewährung eines neuen Kredites oder Prolongierung eines fälligen Kredites [1]. Welche Mindestzahl von Verstößen gegen §§ 13 II 1, 15, 18 erforderlich ist, um daraus ein "Verhalten" ableiten zu können, kann nur vom Einzelfall her entschieden werden [2].

III) BEFUGNISSE ZUR ÜBERWACHUNG DES SPARGESCHÄFTES (Durchsetzbarkeit der Absätze II, III, IV 2 des § 21 und der Abs. I, II, IV des § 22)

Spargelder sind in der Regel geeignet, langfristige Ausleihungen zu finanzieren. Befinden sich nun Gelder unter den Spareinlagen, welche dem Geschäftsverkehr oder dem privaten Dauerverbrauch dienen, kann bei Abzug dieser Mittel eine Liquiditätsenge für das betreffende Kreditinstitut entstehen. Auch sind Kreditinstitute besonders geneigt, Gelder als Spareinlagen anzunehmen, um auf diese Weise ihre Mindestreserven zu drücken [3]. Aus diesen Gründen war die Regelung

---

1) Anders bei Verletzung der §§ 12 Satz 1, 13 III und IV; vergl. oben Seiten 85 ff.

2) SZAGUNN - NEUMANN (2. Aufl.) Anm. 21 zu § 36.

3) Der Höchstsatz für Mindestreserven aus Spareinlagen ist 10%, während der Höchstsatz bei Sichteinlagen 30% und bei Termineinlagen 20% beträgt; vergl. hierzu § 16 I 2 BBankG.

des Sparverkehrs erforderlich. Die §§ 21 und 22 dienen dazu, den Sparverkehr von Geldern fernzuhalten, die der Einleger nicht als gesparte Mittel ansieht.

Inwieweit die Einhaltung der Vorschriften über den Sparverkehr jederzeit durchsetzbar ist, soweit nicht einzelne Tatbestände als Ordnungswidrigkeiten ahnbar sind, soll nun untersucht werden.

1) Die zur generellen Durchsetzbarkeit vertretenen Meinungen

Auch zur Frage der Durchsetzbarkeit der Vorschriften über den Sparverkehr werden zwei sich widersprechende Meinungen vertreten. SCHORK [1] nimmt an, Verstöße gegen § 21 und § 22 könnten jederzeit durch Verwaltungsakt geahndet werden, Rechtsgrundlage hierzu sei § 6 I. SZAGUNN - NEUMANN [2] und PRÖHL [3] vertreten zum mindesten für Verstöße nach § 21 die Ansicht, daß Spareinlagen, welche nicht die Voraussetzungen des § 21 erfüllten, auf Grund einer Verfügung des Bundesaufsichtsamtes zurückzuzahlen wären. Falls die Verfügung des Amtes zur Rückgängigmachung unbeachtet bliebe, könne die Rückgängigmachung des Sparvertrages nach Rechtskraft der Verfügung mit Hilfe des § 50 erzwungen werden.

Andererseits findet sich weder in der amtlichen Begründung noch im Bericht des Wirtschaftsausschusses ein Hinweis auf die jederzeitige Durchsetzbarkeit der Normen. REISCHAUER - KLEINHANS [4] nehmen an, daß befehlende Verwaltungsakte nicht zulässig seien, da es an einer entsprechenden Ermächtigung fehle. Es handele sich z.B. bei den Erläuterungen des Bundesaufsichtsamtes zu den Sparvorschriften [5] nur um Interpretationen des Gesetzes, nicht aber um Sammelverwaltungsakte. BECK [6] und CONSBRUCH - MÖLLER [7] verneinen zwar

1) Anm. 43 zu § 21 und Anm. 31 zu § 22.
2) 1. Aufl. Anm. 5 zu § 6; in der 2. Aufl. wird dieses Beispiel nicht mehr genannt.
3) KWG 1961 Anm. 1 b (Seiten 12/13) zu § 21.
4) Vorbem. 8 zu §§ 21 und 22.
5) Spez. Schreiben des BAK vom 1.10.62, Gesch. Nr. I - 2 - 241, abgedruckt bei CONSBRUCH - MÖLLER Text, Nr. 418.
6) Anm. 188 zu § 21.
7) Anm. 4 a.E. zu § 21.

eine unmittelbare Durchsetzung des § 21 nicht ausdrücklich, lassen aber ausdrücklich nur Maßnahmen bei wiederkehrenden Verstößen gegen § 21 zu.

2) Der eigene Standpunkt

Wenn dem Bundesaufsichtsamt keine Generalbefugnis zur Seite steht, können die Vorschriften über den Sparverkehr nur dann durchgesetzt werden, wenn die zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzungen der speziellen Eingriffsbefugnisse gegeben sind [1].

Inwieweit ein Verstoß gegen einzelne Bestimmungen zivilrechtliche Folgen hat, ist in diesem Rahmen nicht zu untersuchen [2]. Die zivilrechtliche Folge des Nichtentstehens einer Spareinlage bei Verletzung bestimmter Vorschriften der §§ 21, 22 hat allerdings immer zugleich eine öffentlich-rechtliche Folge, nämlich die entsprechende Erhöhung des Mindestreservesatzes für den eingezahlten Betrag. Diese Folge zieht aber keine unmittelbare Eingriffsbefugnis des Bundesaufsichtsamtes nach sich.

3) Die Befugnisse des Bundesaufsichtsamtes im einzelnen

Maßnahmen nach § 46 oder Erlaubnisrücknahme nach § 35 II Nr. 4 kommen praktisch bei Verletzung der §§ 21, 22 nicht in Betracht. Es ist kaum denkbar, daß eine konkrete Gefahr für die Erfüllung der Verbindlichkeiten einer Bank eintritt, wenn die Bestimmungen über den Sparverkehr verletzt worden sind. Es soll von dem mehr theoretischen Fall abgesehen werden, daß einer Bank sämtliche Spareinlagen, welche dazu einen wesentlichen Teil der Bilanzsumme ausmachen müßten, abgezogen werden, und die Bank für diesen Fall keine Liquiditätsvorsorge getroffen hätte. Wenn eine Bank schon unechte Spareinlagen hereinnimmt, wird sie diese auch so flüssig anlegen, daß

---

1) Vergleiche hierzu im einzelnen unten Ziffer 3.

2) Zu dieser Frage vergl. BÖSEL Seite 118; PRÖHL KWG 1961 Anm. 1 (Seite 6 a ff) zu § 21; SCHORK Anm. 5 zu § 22; CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 1 zu § 22, Anm. 2 zu § 21.

sie jederzeit die Beträge zurückzahlen kann. Verstöße gegen die Kündigungs- und Rückzahlungsvorschriften des § 22 werden nie eine konkrete Gefahr auslösen können.

Ein wiederholter Verstoß gegen die §§ 21 und 22 kann aber zu Maßnahmen gegen den oder die für den Sparverkehr verantwortlichen Geschäftsleiter nach § 36 II führen [1]. Es kann in diesen Fällen keinen Verstoß geben, der nicht schuldhaft ist, da die Verletzung dieser Vorschriften nicht damit gerechtfertigt werden kann, die Nichteinhaltung der Bestimmung liege im Interesse der Bank und ihrer Gläubiger. Das in § 36 II verlangte "Fortsetzen des Verhaltens" kann sich nur durch wiederholten Verstoß gegen Bestimmungen des KWG über den Sparverkehr manifestieren, nicht dadurch, daß es der Geschäftsleiter unterläßt, Sparverträge zu kündigen, die entgegen den §§ 21, 22 abgeschlossen worden sind.

IV) ERGEBNIS

Wenn keine der in den vorangegangenen Abschnitten behandelten öffentlich-rechtlichen Pflichten mangels einer Generalbefugnisnorm unmittelbar durch sachliche Maßnahmen durchsetzbar sind, haben sie gleichwohl eine erhebliche Bedeutung für die Aufsicht über die Kreditinstitute.

1) Möglich ist in jedem Fall eines geschäftlich nicht gerechtfertigten Verstoßes ein Druck auf den handelnden Geschäftsleiter durch Verwarnung und evtl. durch Verlangen seiner Abberufung.

2) In die laufenden Geschäfte darf aber die Bankenaufsicht mit sachlichen Maßnahmen bei Verstoß gegen die genannten Vorschriften nicht eingreifen, solange keine erkennbare Gefahr droht, oder die Liquiditätslage oder die Eigenkapitalsverhältnisse einer Bank nicht mehr angemessen sind.

---

1) BECK Anm. 188 zu § 21; CONSBRUCH - MÖLLER Anm. 4 (a.E.) zu § 21; SCHORK Anm. 43 zu § 21.

SCHLUSSBETRACHTUNG

Die Überlegungen des 1. Kapitels führten auf Grund der grammatischen und systematischen Auslegung des § 6 I und einer vergleichenden Exegese dazu, entgegen der auf historischen Argumenten beruhenden herrschenden Ansicht diese Vorschrift nicht als Generalbefugnisnorm anzusehen. Dabei wurde das Ergebnis einer teleologischen Auslegung des KWG außer Betracht gelassen. Das 2. Kapitel führte zu dem Ergebnis, daß im allgemeinen Bankgewerbe zum Schutz der Gläubiger eine schwächere Aufsicht als im Realkredit- und Versicherungsgewerbe ausreicht.

Die Untersuchung der materiellen Pflichten der Banken, welche weder abmahnbar sind noch auf Grund einer Spezialbefugnis jederzeit durchgesetzt werden können, ergab im 3. Kapitel, daß diese Normen trotzdem erhebliche Bedeutung für die Aufsicht über die Kreditinstitute haben. Die Spezialbefugnisse reichen aus, im Interesse des Schutzes der Gläubiger auch diese materiellen Pflichten der Banken durchzusetzen. Mithin sind die wirtschaftlichen Bedürfnisse durch die Spezialbefugnisse ausreichend befriedigt; es ist keine Notwendigkeit gegeben, zur Befriedigung dieser Bedürfnisse § 6 Abs. I als Generalbefugnisnorm zu interpretieren. Eine teleologische Betrachtung des Kreditwesengesetzes braucht also nicht zu einer Deutung des § 6 Abs. I als Generalbefugnisnorm zum Erlaß von Verwaltungsakten zu führen.

DEM BUNDESAUFSICHTSAMT STEHT AUF GRUND DES KREDITWESENGESETZES KEINE GENERALBEFUGNIS ZUM ERLASS VON BELASTENDEN VERWALTUNGSAKTEN DEN GESCHÄFTSBANKEN GEGENÜBER ZUR SEITE.

LEBENSLAUF

Am 6. November 1939 wurde ich in Hamburg geboren. Ich bin das zweite von vier Kindern der Eheleute Dipl. -Ing. Werner Guth und Frau Karla, geb. Gartmann.

Ostern 1946 wurde ich eingeschult und besuchte von Ostern 1952 an das Gymnasium für Jungen in Hamburg - Blankenese. An dieser Schule legte ich im Frühjahr 1959 die Reifeprüfung ab.

Von April 1959 bis März 1961 lernte ich bei dem Bankhaus MARCARD & CO. in Hamburg und schloß diese Lehre mit der Kaufmannsgehilfenprüfung ab. Anschließend arbeitete ich in der Kreditabteilung der DEUTSCHE UEBERSEEISCHE BANK, Hamburg; ich schied dort am 31. 10. 61 aus, um zu studieren.

Im Wintersemester 1961/62 begann ich in München das Studium der Rechtswissenschaften. Ich studierte zunächst 4 Semester in München, dann 2 Semester in Kiel und schließlich wieder 2 Semester in München. Dort bestand ich am 12. Jan. 1966 das Referendarexamen. Seit dem 14. März 1966 befinde ich mich im Referendardienst.